

Zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit stiller und verdeckter Verwaltungsratsmitglieder

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

THOMAS SAUBER
von Zürich

genehmigt auf Antrag von Herrn Prof. Dr. Peter Forstmoser



Juris Druck + Verlag Zürich
1987



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit stiller und verdeckter Verwaltungsratsmitglieder

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

THOMAS SAUBER
von Zürich

genehmigt auf Antrag von Herrn Prof. Dr. Peter Forstmoser



Juris Druck + Verlag Zürich
1987

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet
hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne
damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung
zu nehmen.

Zürich, den 9. Dezember 1987

Der Dekan:

Prof. Dr. Claudio Soliva

ISBN 3 260 05197 X

Meinen Eltern
und meiner lieben Gabriele
gewidmet

Herrn Prof. Dr. Peter Forstmoser danke ich für die grosse Freiheit, die er mir bei der Ausarbeitung meiner Dissertation gewährt hat. Mein besonderer Dank gilt Herrn Rechtsanwalt Dr. Hans W. Kopp, mit dem ich manch wertvolles Gespräch führen konnte, und Herrn Rechtsanwalt Dr. Hans Berger, dem ich das Thema verdanke, sowie Frau Doris Germann, Frau Fränzi Stucki und Herrn Aldo Righetti für ihre grosse Unterstützung bei den Schreibarbeiten.

INHALTSUEBERSICHT

Inhaltsverzeichnis	2
Abkürzungen	9
Literaturverzeichnis	11
Problemstellung	18
<u>Erstes Kapitel:</u> DIE MIT DER VERWALTUNG UND GESCHAFTSFUEHRUNG BETRAUTEN ORGANPERSONEN	19
§ 1 Der Anwendungsbereich von OR 754 I im allgemeinen	19
§ 2 Der Kreis der verantwortlichen Organpersonen im einzelnen	33
§ 3 Unklare Begriffe für stille und verdeckte Verwaltungsratsmitglieder	35
<u>Zweites Kapitel:</u> GLIEDERUNG DES VERWALTUNGSRATES	36
§ 4 Schematische Uebersicht	37
§ 5 Verwaltungsratsmitglied gemäss Gesetz	38
§ 6 Verdecktes Verwaltungsratsmitglied	41
§ 7 Verwaltungsratsmitglied infolge Kundgabe	46
§ 8 Stilles Verwaltungsratsmitglied	49
<u>Drittes Kapitel:</u> DAS STILLE VERWALTUNGSRATSMITGLIED IM GESELLSCHAFTSINTERNEN UND -EXTERNEN VERHAELTNIS	61
§ 9 Einleitung	61
§ 10 Das gesellschaftsinterne Verhältnis	63
§ 11 Das gesellschaftsexterne Verhältnis	74
<u>Viertes Kapitel:</u> DAS VERDECKTE VERWALTUNGSRATSMITGLIED IM GESELLSCHAFTSINTERNEN UND -EXTERNEN VERHAELTNIS	89
§ 12 Einleitung	89
§ 13 Organschaftliche Einflussnahme im materiellen Sinn	91
§ 14 Abgrenzung zwischen der organschaftlichen Einflussnahme als verdecktes VR- mitglied und der faktischen Einflussnahme als schuldvertraglicher Partner	97
§ 15 Ueberblick über die unterschiedliche Organstellung stiller und verdeckter Verwaltungsratsmitglieder im gesellschaftsinternen und -externen Verhältnis	106
<u>Fünftes Kapitel:</u> GRUNDSÄTZLICHES ZUR VERANTWORTLICHKEIT DER MIT DER VERWALTUNG UND GESCHAFTSFUEHRUNG BETRAUTEN PERSONEN UNTER BERUECKSICHTIGUNG STILLER UND VERDECKTER VERWALTUNGSRATSMITGLIEDER	109
§ 16 Die Klage- und Anspruchsberechtigten	109
§ 17 Die Voraussetzungen der Haftung	121
§ 18 Die Entlastung (Decharge) der Verwaltung	128
§ 19 Die Wirkungen der Entlastung	139
§ 20 Grundsätzliches zur Versicherbarkeit der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit stiller und verdeckter Verwaltungsratsmitglieder	143
Zusammenfassung	150

I N H A L T S V E R Z E I C H N I S

Problemstellung	18
<u>Erstes Kapitel:</u> DIE MIT DER VERWALTUNG UND GESCHAEFTS- FUEHRUNG BETRAUTEN ORGANPERSONEN	19
§ 1 Der Anwendungsbereich von OR 754 I im allgemeinen	19
I. Verwaltung und Geschäftsführung	19
1. Verwaltung	19
2. Geschäftsführung	20
II. Der Organbegriff im Körperschaftsrecht	21
1. Funktionsträger	21
2. Exekutivorgan	22
3. Organbegriff im Sinn von OR 754	22
III. Der Organbegriff im aktienrechtlichen Verant- wortlichkeitsrecht	23
IV. Organstellung im formellen Sinn	23
V. Organstellung im materiellen Sinn	24
1. Literatur	25
2. Rechtsprechung	27
3. Tatsachenvorgänge	28
4. Zwischenergebnis	29
5. Tatsächliche Einflussnahme aus organ- typischer Stellung heraus	29
VI. Organstellung im faktischen Sinn	30
VII. Organstellung infolge Kundgabe	31
§ 2 Der Kreis der verantwortlichen Organpersonen im einzelnen	33
I. Uebersicht	33
II. Personen mit Organeigenschaft	33
§ 3 Unklare Begriffe für stille und verdeckte Verwaltungsratsmitglieder	35
<u>Zweites Kapitel:</u> GLIEDERUNG DES VERWALTUNGSRATES	36
§ 4 Schematische Uebersicht	37
§ 5 Verwaltungsratsmitglied gemäss Gesetz	38

I.	Uebersicht	38
1.	Formelle Wahl	38
2.	Handelsregistereintrag und Publikation	38
II.	Definition	39
III.	Begründung der Unterstellung unter die aktienrechtliche Verantwortlichkeit	39
§ 6	Verdecktes Verwaltungsratsmitglied	41
I.	Literatur und Rechtsprechung	41
1.	Literatur	41
2.	Rechtsprechung	42
II.	Wesensmerkmale	43
III.	Definition	43
IV.	Direkte und indirekte Einflussnahme	44
§ 7	Verwaltungsratsmitglied infolge Kundgabe	46
I.	Uebersicht	46
II.	Abgrenzungen	46
III.	Definition	47
IV.	Abstellen auf die Kundgabe	47
V.	Begründung der Unterstellung unter die aktienrechtliche Verantwortlichkeit	48
§ 8	Stilles Verwaltungsratsmitglied	49
I.	Literatur und Rechtsprechung	49
1.	Literatur	49
2.	Rechtsprechung	50
3.	Zusammenfassung	52
II.	Definition	52
III.	Abgrenzungen	53
IV.	Deklaratorische Wirkung des Handelsregister- eintrages	53
1.	Wahl des stillen Verwaltungsratsmitgliedes	53
2.	Eintragungspflicht	54
3.	Deklaratorische Wirkung	55
V.	Mögliche Motive für die Tätigkeit als	

stilles Verwaltungsratsmitglied	56
1. Interessenlage	56
2. Im Verhältnis zum verdeckten Verwaltungsratsmitglied	58
VI. Problematik stiller Verwaltungsratsmitglieder	59
<u>Drittes Kapitel:</u> DAS STILLE VERWALTUNGSRATSMITGLIED IM GESELLSCHAFTSINTERNEN UND -EXTERNEN VERHAELTNIS	61
§ 9 Einleitung	61
§ 10 Das gesellschaftsinterne Verhältnis	63
I. Uebersicht	63
II. Formelle Organstellung	63
III. Pflichten aus formeller Organstellung	64
1. Im allgemeinen	64
2. In bezug auf das stille Ver- waltungsratsmitglied	67
IV. Umfang der Verantwortlichkeit gegenüber der Gesellschaft und den Aktionären	67
V. Umfang der Verantwortlichkeit gegenüber Mitverwaltungsräten	68
1. Solidarität im Aussenverhältnis	68
2. Rückgriff im Innenverhältnis	71
VI. Zusammenfassung	72
§ 11 Das gesellschaftsexterne Verhältnis	74
I. Uebersicht	74
II. Die negative Publizitätswirkung von OR 933 II	75
III. Zum Problem der Existenz stiller Verwaltungsratsmitglieder	76
1. Im allgemeinen	76
2. Gesellschaft im Konkurs	77
3. Gesellschaft nicht im Konkurs	78
IV. Formelle oder materielle Organeigenschaft ?	79
1. Uebersicht	79
2. Literatur und Rechtsprechung	80
3. Zwingende Mitwirkungspflicht im	

Verwaltungsrat	82
4. Zum Stimmrecht des stillen Verwaltungsratsmitgliedes	83
V. Berufung der Gesellschaftsgläubiger auf die formelle Organstellung stiller Verwaltungsratsmitglieder	85
VI. Zusammenfassung	87

<u>Viertes Kapitel:</u>	DAS VERDECKTE VERWALTUNGSRATSMITGLIED IM GESELLSCHAFTSINTERNEN UND -EXTERNEN VERHAELTNIS	89
-------------------------	--	----

§ 12 Einleitung	89
-----------------	----

§ 13 Organschaftliche Einflussnahme im materiellen Sinn	91
I. Tatsachenvorgänge	91
II. Massgebendes Abgrenzungskriterium	91
III. Die Grundlage tatsächlicher Einflussnahme	92
IV. Verantwortlichkeit verdeckter Verwaltungsratsmitglieder	93
V. Zum Umfang der Haftung verdeckter Verwaltungsratsmitglieder	93
VI. Gültigkeit des beschränkten Haftungsumfanges verdeckter Verwaltungsratsmitglieder für das gesellschaftsinterne und -externe Verhältnis	95

§ 14 Abgrenzung zwischen der organschaftlichen Einflussnahme als verdecktes Verwaltungsratsmitglied und der faktischen Einflussnahme als schuldvertraglicher Partner	97
I. Abgrenzungsproblem	97
II. Organschaftliche und schuldvertragliche Einflussnahme im einzelnen	98
1. Grundsatz	98
2. Beispiele aus der Praxis und ihre Qualifikation	99
3. Ergebnis	102
III. Zusammenfassung	102

IV.	Hinweise für die Praxis	103
§ 15	Ueberblick über die unterschiedliche Organstellung stiller und verdeckter Verwaltungsratsmitglieder im gesellschaftsinternen und -externen Verhältnis	106
I.	Die unterschiedliche Organstellung stiller und verdeckter Verwaltungsratsmitglieder gegenüber der Gesellschaft und den Aktionären	106
II.	Die unterschiedliche Organstellung stiller und verdeckter Verwaltungsratsmitglieder gegenüber den Gesellschaftsgläubigern	107
III.	Schematische Uebersicht	108
<u>Fünftes Kapitel:</u>	GRUNDSÄTZLICHES ZUR VERANTWORTLICHKEIT DER MIT DER VERWALTUNG UND GESCHÄFTS-FÜHRUNG BETRAUTEN PERSONEN UNTER BE-RÜCKSICHTIGUNG STILLER UND VERDECKTER VERWALTUNGSRATSMITGLIEDER	109
§ 16	Die Klage- und Anspruchsberechtigten	109
I.	Uebersicht	109
II.	Ansprüche und Klagerecht der Gesellschaft	109
III.	Ansprüche und Klagerechte der Aktionäre	110
	1. Unmittelbare Schädigung	111
	2. Mittelbare Schädigung	111
	3. Geltendmachung des mittelbaren Schadens ausserhalb des Konkurses	112
	4. Geltendmachung des mittelbaren Schadens im Konkurs	113
IV.	Ansprüche und Klagerechte der Gläubiger	114
	1. Unmittelbare Schädigung	115
	2. Mittelbare Schädigung	115
	3. Geltendmachung des mittelbaren Schadens ausserhalb des Konkurses	116
	4. Geltendmachung des mittelbaren Schadens im Konkurs	116
	5. Zur Doppelnatur der Gläubigerklage aus "Abtretung"	117
V.	Auswirkungen auf die Höhe des einklagbaren Schadens	119
VI.	Auswirkungen auf den Umfang der möglichen Einreden	119

§ 17 Die Voraussetzungen der Haftung	121
I. Uebersicht	121
II. Schaden	121
III. Pflichtwidriges Verhalten	122
IV. Adäquater Kausalzusammenhang	122
V. Verschulden	123
1. Objektivierter Verschuldensmass-	
stab	123
2. Beweislast und Rechtsnatur der	
Ansprüche	124
VI. Beweis der Organfunktion stiller und	
verdeckter Verwaltungsratsmitglieder	126
1. Uebersicht	126
2. Bei stillen Verwaltungsratsmitgliedern	126
3. Bei verdeckten Verwaltungsratsmitgliedern	126
§ 18 Die Entlastung (Decharge) der Verwaltung	128
I. Begriff, Funktion und Rechtsnatur der	
Entlastung	128
1. Begriff und Funktion	128
2. Rechtsnatur der Entlastung	128
II. Die Entlastungsgeber	129
1. Beschlussfassung durch die General-	
versammlung	129
2. Stimmverbote beim Entlastungsbeschluss	129
III. Sachlicher Geltungsbereich der Entlastung	130
1. Bekannte oder erkennbare Geschäfts-	
handlungen	130
2. Die Bedeutung der Rechnungslegung	
und des Geschäftsberichts	131
3. Umkehr der Beweislast	133
IV. Persönlicher Geltungsbereich der Entlastung	133
1 Entlastung aller als Regel	133
2. Entlastung einzelner als Ausnahme	134
V. Zur Entlastung stiller Verwaltungsratsmitglieder	134
1. Ausgangslage	134
2. Vermeidung von Publizität	135
3. Entlastung aufgrund formeller Organstellung	136
VI. Keine Entlastung verdeckter Verwaltungsrats-	
mitglieder	137
1. Kein Betrautsein mit Aufgaben der Verwaltung	137



2. Keine Entlastung als Folge	137
§ 19 Die Wirkungen der Entlastung	139
I. Die Wirkungen der Entlastung im allgemeinen	139
II. Die Wirkungen der Entlastung auf die Verantwortlichkeitsansprüche der Aktionäre	139
1. Keine Wirkung für den unmittelbaren Schaden	139
2. Beschränkte Wirkung für den mittel- baren Schaden	140
III. Die Wirkungen der Entlastung auf die Verantwortlichkeitsansprüche der Gläubiger	140
1. Keine Wirkung für die Gläubiger	140
2. Wirkung auf die "Abtretung" nach SchKG 260	140
IV. Die Wirkungen der Entlastung auf die Ver- antwortlichkeitsansprüche der Gesellschaft	141
1. Grundsatz	141
2. Ansprüche gegen stille und verdeckte Verwaltungsratsmitglieder	141
3. Ueberschätzte Wirkung der Entlastung im Konkurs	142
§ 20 Grundsätzliches zur Versicherbarkeit der aktien- rechtlichen Verantwortlichkeit stiller und ver- deckter Verwaltungsratsmitglieder	143
I. Einleitung	143
II. Voraussetzungen der Versicherbarkeit	144
1. Allgemeines	144
2. Die Regelung der Haftpflicht als Verwaltungsratsmitglied einer AG	145
3. Anmeldepflicht und Ablehnungsrecht	146
4. Einschränkungen des Versicherungs- schutzes	146
III. Folgerungen für die Tätigkeit als stilles Verwaltungsratsmitglied	147
IV. Folgerungen für die Tätigkeit als verdeck- tes Verwaltungsratsmitglied	148
Zusammenfassung	150

A B K U E R Z U N G E N

Abs.	Absatz
altOR	altes Obligationenrecht = Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 14.7.1881
AG	Aktiengesellschaft
AktG	Deutsches Aktiengesetz vom 6.9.1965
a.M.	anderer Meinung
Anm	Anmerkung = Fussnote
Art.	Artikel
AVB/1-"Winterthur"	Allgemeine Vertragsbestimmungen der Betriebshaftpflicht- und Berufshaft- pflichtversicherung der "Winterthur" (Ausgabe 01.85)
AVB/2-"Winterthur"	Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung für nicht-geschäftsführende Mitglieder der Verwaltung von juristischen Perso- nen, Allgemeine Vertragsbestimmungen (AVB), (Ausgabe 01.84)
BankG	Bundesgesetz über die Banken und Spar- kassen vom 8.11.1934
BB1	Schweizerisches Bundesblatt
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich vom 18.8.1896
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts. Amtliche Sammlung
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
Diss	Dissertation
EArt.	Entwurf-Artikel über die Revision des Aktienrechts vom 23.2.1983
EVB-"Winterthur"	Ergänzende Vertragsbestimmungen (Ver- mögensschaden-Haftpflichtversicherung für Rechtsanwälte, Notare, Treuhänder, Bücherexperten, (Ausgabe 12.76) zu den AVB/2-"Winterthur"
gl.M.	gleicher Meinung
GV	Generalversammlung
GVP	St. Gallische Gerichts- und Verwal- tungspraxis
HGB	Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 10.5.1897
HRV	Verordnung über das Handelsregister vom 7.6.1937
lit.	litera
LJZ	Lichtensteinische Juristen-Zeitung
m.E.	meines Erachtens
N	Note, Randnote
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (München)
OR	Obligationenrecht vom 30.3.1911/ 18.12.1936
Pr	Die Praxis des Bundesgerichts (Basel)
RGZ	Entscheidungen des Deutschen Reichs-

SAG	gerichts in Zivilsachen Schweizerische Aktiengesellschaft, Zeitschrift für Handels- und Wirt- schaftsrecht (Zürich)
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11.4.1889
Sem	La Semaine judiciaire (Genf)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
SSHWR	Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht (Zürich)
u.ä.	und ähnliches
V	Verordnung
vgl.	vergleiche
VR	Verwaltungsrat(smitglied)
"Winterthur"	Schweizerische Versicherungsgesell- schaft, Winterthur
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristen- vereins
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10.12.1907
Ziff.	Ziffer
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Basel)

L I T E R A T U R V E R Z E I C H N I S

Die nachstehend aufgeführten Publikationen werden mit dem Autor-
namen und nötigenfalls mit dem genannten Zusatz zitiert.

- | | |
|--------------------------------|---|
| Albers-Schönberg | Max Albers-Schönberg, Haftungsverhältnisse im Konzern, Diss. Zürich 1980 (=SSHWR Bd. 44) |
| Amonn | Kurt Amonn, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 3.Aufl., Bern 1983 |
| Bär Hans J. | Der Verwaltungsrat der herrschenden bzw. der abhängigen Gesellschaft im Konzern, in: Die Verantwortung des Verwaltungsrates in der AG, Zürich 1978 (=SSHWR Bd. 29), S. 95ff |
| Bär Rolf | Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates der Aktiengesellschaft, in: ZBJV 1970, 457ff |
| - funktionsgerechte
Ordnung | Funktionsgerechte Ordnung der Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates, in: SAG 58(1986)57ff |
| Biggel | Hans Biggel, Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates gemäss Art. 673ff OR/Art. 754ff rev.OR unter Berücksichtigung des geltenden und kommenden deutschen, französischen und schweizerischen Rechts, Diss. Zürich 1940 |
| Botschaft (1928) | Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf über die Revision der Titel 24-33 des schweizerischen Obligationenrechts vom 21.2.1928, BBl. 1928 I 16ff |
| Botschaft (1983) | Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23.2.1983, in BBl. 1983 II 745ff; zitiert nach Separatausgabe |
| Böckli | Peter Böckli, Haftung des Verwaltungsrates für Steuern, in: Die Haftung des Verwaltungsrates, Zürich 1986 (=SSHWR Bd.87), S. 87-100 |
| Bucher | Eugen Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, Zürich 1979 |
| Bürgi | Wolfhart F. Bürgi, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V/5b/1, Art. 660-697 OR, Zürich 1957 und Bd. V/5b/2, Art. 698-738 OR, Zürich 1969 |
| Bürgi/Nordmann | Wolfhart F. Bürgi und Ursula Nordmann-Zimmermann, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V/5b/3, Art. 739-771 OR, Zürich 1979 |
| Bürgi | Wolfhart F. Bürgi, |

- Solidarität Probleme differenzierter Schadenersatzpflicht bei der Solidarhaftung von Verwaltungsräten der AG, in: St. Galler Festgabe 1965, S. 29ff
- Caflisch Silvio Caflisch, Die Bedeutung und Grenzen der rechtlichen Selbständigkeit der abhängigen Gesellschaft im Recht der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1961
- Diezi Alfred Diezi, Versicherbarkeit der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Diss. Zürich 1982 (=SSHWR Bd. 62)
- Druey Jean Nicolas Druey, Organ und Organisation: Zur Verantwortlichkeit aus aktienrechtlicher Organschaft, in: SAG 53(1981)77ff
- Düggelin Hans Düggelin, Die Sonderprüfung als Rechtsbehelf des Aktionärs zur Kontrolle der Verwaltung einer AG, Diss. Bern 1977
- Egger August Egger, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. I, Art. 1-89 ZGB, Zürich 1930
- Eigenmann Ernst J. Eigenmann, Einige Fragen zur Decharge, in: SAG 25(1952)189ff
- Fehr Konrad Fehr, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit der Verwaltungsorgane im schweizerischen Aktienrecht, in: Schweizerische Beiträge zum vierten internationalen Kongress für Rechtsvergleichung, Genf 1954, S. 147ff
- Forstmoser Peter Forstmoser, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich 1978 (=SSHWR Bd. 30)
- Verantwortlichkeit Schweizerisches Aktienrecht, Bd. I, Lieferung 1, Zürich 1981
- Aktienrecht Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit nach Schweizerischem Recht - Risiken und Möglichkeiten ihrer Vermeidung, in: LJZ, Heft 1, Januar 1984, S.1ff
- LJZ Der mittelbare Schaden im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht und seine Geltendmachung im Konkurs, in: SAG 58(1986)69ff
- mittelbarer Schaden Der Organbegriff im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht, in: Freiheit und Verantwortlichkeit im Recht, Festschrift zum 60. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz, Bern 1982, S. 125-150
- Organbegriff Beschränkung des Risikos als Verwaltungsrat - aber wie ?, in: Die Haftung des Verwaltungsrates, Zürich 1986 (=SSHWR Bd. 87), S.27-39
- Risiko Solidarität, Kausalzusammenhang und Verschulden im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht; Zu einem Entscheid des Obergerichts des Kantons Thurgau,
- Solidarität

- Forstmoser/Meier-Hayoz in: SJZ 78(1982)369ff
Peter Forstmoser, Arthur Meier-Hayoz, Einführung in das Schweizerische Aktienrecht, 3.Aufl., Bern 1983
- Frick Emil Frick, Der unmittelbare und mittelbare Schaden im Verantwortlichkeitsrecht der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1953
- Funk Fritz Funk, Kommentar des Obligationenrechts, 2.Bd., das Recht der Gesellschaften, Aarau 1951
- Gauch Peter Gauch, Von der Eintragung im Handelsregister, ihren Wirkungen und der negativen Publizitätswirkung, in: SAG 48(1976)139ff
- Gauch/Schluep/Jäggi Peter Gauch, Walter R. Schluep, Peter Jäggi, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil (ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht), 2 Bände, Zürich 1983
- Gautschi Georg Gautschi, Fiduziarische Rechtsverhältnisse besonderer Art, in: SJZ 45(1949)301ff
- Gehriger Pierre-Olivier Gehriger, Faktische Organe im Gesellschaftsrecht, Diss. St. Gallen 1979 (=SSHWR Bd. 34)
- Godin/Wilhelmi Freiherr von Godin, Hans Wilhelmi, Kommentar zum Aktiengesetz vom 6.9.1965, Bd. I: §§ 1-178, 3. Aufl., Berlin 1967
- Von Greyerz Christoph von Greyerz, Schweizerisches Privatrecht, Bd. VIII/2, Die Aktiengesellschaft, Basel und Frankfurt a/M 1982
- Privatrecht Die Verwaltung in der privaten Aktiengesellschaft, in: Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates, Zürich 1978 (=SSHWR Bd. 29), S. 97ff
- PrivatAG Theo Guhl, Hans Merz, Max Kummer, Das Schweizerische Obligationenrecht, 7. Aufl., Zürich 1980
- Guhl/Merz/Kummer Max Gutzwiller, Schweizerisches Privatrecht, Bd. II, S. 425ff, Die Verbandspersonen, Grundsätzliches, Basel 1967
- Gutzwiller Martin Heidenhain, Burkhardt W. Meister, Münchener Vertragshandbuch, Bd. I, Gesellschaftsrecht, München 1982
- Heidenhain/Meister J. und E. Henggeler, Die zivilrechtlichen Verantwortlichkeiten im Bankengesetz und im neuen schweizerischen Aktienrecht, Zürich 1937
- Henggeler Günter Henn, Handbuch des Aktienrechts, 2. Aufl., Heidelberg 1984
- Henn Walter Hess, Kritische Bemerkungen eines Verwaltungsrates, in: Die Haftung des Verwaltungsrates, Zürich 1986 (=SSHWR Bd. 87), S. 101-111
- Hess

- Hirsch Alain Hirsch, la responsabilité des administrateurs dans la société anonyme, Sem. 1967, S. 249ff
- Holzach Christoph Holzach, Der Ausschuss des Verwaltungsrates der Aktiengesellschaft und die Haftungsverhältnisse bei verwaltungsratsinternen Delegierungen. Das Verhältnis von Art. 714 Abs. 2 und Art. 717 OR, Diss. Basel 1960
- Homburger Eric Homburger, Verantwortlichkeit des "stillen" Verwaltungsrates, in: SAG 54(1982)160ff
- Hueck Alfred Hueck, Gesellschaftsrecht, 16. Aufl., München 1972
- Hütte Klaus Hütte, Die Risiken des Verwaltungsrates aus der Sicht der Versicherung, in: Die Haftung des Verwaltungsrates, Zürich 1986 (=SSHWR Bd. 87), S. 41-53
- Jäggi Peter Jäggi, Ein Gerichtsurteil über den "abhängigen" (fiduziarischen) Verwaltungsrat, in: SJZ 56(1960)1ff
- Kleiner Beat Kleiner, Die Organisation der grossen Aktiengesellschaft unter dem Aspekt der Verantwortlichkeit in: SAG 50(1978)3ff
- KölnerKomm Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, herausgegeben von Wolfgang Zöllner, Bd. I, §§ 1-147, Köln, Berlin, Bonn, München 1970ff, §§ 76-117 bearbeitet von Hans-Joachim Mertens
- Komm-AktG Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. I: §§ 1-75 bearbeitet von Ernst Gessler und Bruno Kropff, München 1973/83/84, Bd. II: §§ 76-147 bearbeitet von Wolfgang Hefermehl, München 1973/74
- KommStaub Grosskommentar zum Handelsgesetzbuch, begründet von Hermann Staub, 4. Aufl., 1. Lieferung: Einleitung §§ 1-16, §§ 8-16 bearbeitet von Uwe Hüffer, Berlin/New York 1983
- Lanter Marco Lanter, Die Verantwortlichkeit von Stiftungsorganen, Diss. Zürich 1984
- Lehner Georg Rudolph Lehner, Die Verantwortlichkeit der Leitungsorgane von Aktiengesellschaften in rechtsvergleichender und internationalprivatrechtlicher Sicht, Diss. Basel (=SSHWR Bd. 54), Zürich 1981
- Lustenberger Thomas Lustenberger, Die Verwaltung der Aktiengesellschaft und ihre Sorgfaltspflichten im englischen und schweizerischen Recht, Diss. Bern 1983
- Meier-Hayoz/Forstmoser Arthur Meier-Hayoz, Peter Forstmoser, Grundriss des schweizerischen Gesellschaftsrechts, 4. Aufl., Bern 1981
- Meier-Wehrli Jörg Meier-Wehrli, Die Verantwortlich-

- keit der Verwaltung einer Aktiengesellschaft bzw. einer Bank gemäss 754ff OR/41ff BkG, Diss. Zürich 1968
- MünchenerKomm Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2, Schuldrecht, Allgemeiner Teil (§§ 241-432), Redakteur: Helmut Heinrichs, München 1979
- Oftinger Karl Oftinger, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Zürich 1975
- Pedrazzini Mario M. Pedrazzini, Grundriss des Personenrechts, 2. Aufl., Bern 1985
- Aktiengesellschaft Einleitungsreferat, in: Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates, Zürich 1978 (=SSHWR Bd. 29), S. 11ff
- Picenoni Vito Picenoni, Rechtsformen konzernmässiger Abhängigkeit, in: SJZ 51 (1955) 321ff
- Picenoni Reno Der Entlastungsbeschluss (Décharge) im Recht der Handelsgesellschaften und der Korporationen auf Grund des deutschen, französischen, italienischen und besonders des schweizerischen Rechts, Diss. Zürich 1945
- Von Planta Andreas von Planta, Doppelorganshaft im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht, in: Festschrift für Frank Vischer zum 60. Geburtstag, Zürich 1983, S. 597ff
- Haftung Die Haftung des Hauptaktionärs, Diss. Basel 1981
- Reichwein Heinz Reichwein, Ueber die Solidarhaftung der Verwaltungsräte der Aktiengesellschaft und ihre Beschränkung, in: SJZ 64(1968)129ff
- Solidarität Das Verhältnis des adäquaten Kausalzusammenhangs zur Solidarhaftung bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, in: SJZ 81(1985)349ff
- Verantwortlichkeit Peter Ritter, Verschärftes Haftungsrisiko für Verwaltungsräte ? In: Die Haftung des Verwaltungsrates, Zürich 1986 (=SSHWR Bd. 87), S. 9-25
- Ritter Peter Ritter, Verschärftes Haftungsrisiko für Verwaltungsräte ? In: Die Haftung des Verwaltungsrates, Zürich 1986 (=SSHWR Bd. 87), S. 9-25
- Schiess Maya Schiess, Das Wesen aktienrechtlicher Verantwortlichkeitsansprüche aus mittelbarem Schaden und der Geltendmachung im Gesellschaftskonkurs, Diss. Zürich 1979 (=SSHWR Bd. 31)
- Schmid Wieland Schmid, Die Verantwortlichkeit von Verwaltung, Geschäftsführung und Kontrolle gegenüber Gesellschaftsgläubigern im Konkurs der Aktiengesellschaft nach geltendem und künftigen schweizerischen Recht, in: SJZ 81(1985)241ff

- Schucany E., Komm. Emil Schucany, Kommentar zum schweizerischen Aktienrecht, die Aktiengesellschaft und Kommanditaktiengesellschaft, 2. Aufl., Zürich 1960
- Schucany G. Giovanni Schucany, Die Vertretung juristischer Personen im Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1949
- Schulthess Bernhard Schulthess, Funktion der Verwaltung einer Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1967
- Schumacher Iso Schumacher, Beistandschaft in der AG, Diss. Zürich 1981
- Schwager Rudolph Schwager, Die Vertretung des Gemeinwesens beim Abschluss privatrechtlicher Verträge, Diss. Fribourg 1974
- Von Steiger F.
- Aktienrecht Fritz von Steiger, Das Recht der Aktiengesellschaft in der Schweiz, 4. Aufl., Zürich 1970
- Handelsregister Verwaltungsräte, die nicht im Handelsregister eingetragen sind, in: SAG 15(1942/43)49ff
- Von Steiger W. Werner von Steiger, Ueber die Verantwortung des Hauptaktionärs, in: IUS ET LEX, Festgabe zum 70. Geburtstag von Max Gutzwiller, Basel 1959, S. 699ff
- Steinmann G. Steinmann, Die Entlastung im schweizerischen Aktienrecht im Vergleich zu ausländischen Aktienrechten, Diss. Basel 1971
- Thalmann Anton Thalmann, Die Treuepflicht der Verwaltung der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1975
- Von Tuhr/Peter Andreas von Tuhr, Hans Peter, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, 3. Aufl., Zürich 1979
- Vischer
- Delegation Frank Vischer, Die Stellung der Verwaltung und die Grenzen der Delegationsmöglichkeit bei der grossen AG, in: Festschrift zum 70. Geburtstag von Wilhelm Schönenberger, Freiburg 1968
- GrossAG Zur Stellung und Verantwortung des Verwaltungsrates in der Grossaktiengesellschaft, in: Die Verantwortung des Verwaltungsrates, Zürich 1978 (=SSHWR Bd. 29), S. 71ff
- Vischer/Rapp Frank Vischer, Fritz Rapp, Zur Neugestaltung des schweizerischen Aktienrechts, Bern 1968
- Watter Rolf Watter, Die Verpflichtung der AG aus rechtsgeschäftlichem Handeln ihrer Stellvertreter, Prokuristen und Organe speziell beim sogenannten "Missbrauch der Vertretungsmacht", Diss. Zürich 1985

(=SSHWR Bd. 81)

Wiedemann

Herbert Wiedemann, Gesellschaftsrecht,
Bd. I, Grundlagen, München 1980

Woernle

Günter Woernle, Die organähnliche Haftung
des machtausübenden Hauptaktionärs
gegenüber Gläubigern der abhängigen
Aktiengesellschaft, Diss. Lausanne 1970

Zellweger

Jakob Zellweger, Haftungsbeschränkung
und Solidarhaftung im Verantwortlich-
keitsrecht der AG, Diss. Bern 1972

Problemstellung

Zur Wahl des vorliegenden Dissertationsthemas hat mich BGE 107 II 349ff bewogen. Das Bundesgericht behandelt in diesem Entscheid die aktienrechtliche Verantwortlichkeit von sog. "stillen Verwaltungsräten"; Personen, die "tatsächlich Organen vorbehaltene Entscheide treffen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgen und so die Willensbildung der Gesellschaft massgeblich beeinflussen".

Diese bundesgerichtliche Umschreibung des "stillen Verwaltungsrates" wird in der Literatur und Rechtsprechung aber auch für sog. "verdeckte Verwaltungsräte" verwendet.

Das Ziel dieser Arbeit soll es daher sein, einerseits das stille und das verdeckte Verwaltungsratsmitglied klar voneinander abzugrenzen und anderseits ihre unterschiedliche Organstellung im gesellschaftsinternen und -externen Verhältnis - insbesondere unter dem Blickwinkel der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit - aufzuzeigen.

Erstes Kapitel:

DIE MIT DER VERWALTUNG UND GESCHAEFTSFUEHRUNG BETRAUTEN ORGANPERSONEN

§ 1 Der Anwendungsbereich von OR 754 I im allgemeinen

I. Verwaltung und Geschäftsführung

Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit nach OR 754 I erfasst alle mit der Verwaltung und Geschäftsführung betrauten Personen (1). Es haftet also nicht jeder-
mann, der für die Gesellschaft tätig wird, sondern es haften nur diejenigen Personen, die besonders wichtige Funktionen ausüben, nämlich solche der Verwaltung und Geschäftsführung (2).

1. Verwaltung

"Unter "Verwaltung" ist primär die oberste, nicht oder zumindest nicht vollumfänglich delegierbare Exekutiv-
tätigkeit zu verstehen" (3).

1) Nach Forstmoser, Verantwortlichkeit N 479 Anm 836 und Kleiner 3 sowie Meier-Wehrli 27f deckt sich der nach BankG 41 den Verantwortlichkeitsbestimmungen unterstellte Personenkreis trotz etwas anderer Umschreibung mit dem von OR 754 I, EArt. 754 I OR spricht nicht mehr von "betrauten" Personen, sondern der Entwurf wählt den Ausdruck "befasst". Der unterschiedliche Wortlaut ist gewollt und soll zum Ausdruck bringen, dass neben den formellen auch materielle Organe erfasst werden; vgl. dazu Botschaft (1983) 191, wo allerdings zwischen formellen und materiellen sowie faktischen Organen unterschieden wird; vgl. zu dieser Terminologie hinten § 1 VI. und § 13 III.

2) Vgl. Albers-Schönberg 55.

3) Forstmoser, Verantwortlichkeit N 480; zum Begriff der Verwaltung: Bürgi N 14ff zu OR 712; Meier-Wehrli 6ff; Guhl/Merz/Kummer 666; Lustenberger 45; Egger N 10 zu ZGB 54/55; E. Schucany, Komm. N 1 zu OR 754; ferner Komm-AktG N 4 zu § 76, wonach allein dem Vorstand die Leitung der Gesellschaft zusteht; nach OR 722 I leitet die "Verwaltung" die Geschäfte der Gesellschaft.

Wo die Grenzen der Delegationsmöglichkeiten von Aufgaben an Dritte, "an eine ausserhalb der Verwaltung stehende Geschäftsführung" liegen, kann nicht eindeutig beantwortet werden (4).

2. Geschäftsführung

Bei der "Geschäftsführung" im Sinn von OR 754 geht es im Gegensatz zur Verwaltung um diejenige Tätigkeit, welche gemäss OR 717 vollumfänglich delegierbar ist (5). Diese Tätigkeit umfasst "selbständige Entschei-

- 4) Vischer, Delegation 345; vgl. zum Begriff der "Verwaltung" auch F. von Steiger, Aktienrecht 219; Meier-Wehrli 9f; Schulthess 74ff; Lustenberger 64ff; Rolf Bär 486; Zellweger 33ff; Vischer/Rapp 149ff; vgl. ferner die bei Forstmoser/Meier-Hayoz § 24 N 27 aufgeführten Beispiele zur Unterscheidung zwischen delegierbarer Geschäftsführung und nicht delegierbarer Verwaltung; der Entwurf zur Revision des Aktienrechts hat nun die Unklarheit des geltenden Gesetzes betreffend das zulässige Ausmass der Kompetenzdelegation durch den Verwaltungsrat beseitigt, indem in EArt. 716a OR die unübertragbaren Aufgaben des gesamten Verwaltungsrates in acht Punkten festgelegt wurden, vgl. hiezu Botschaft (1983) 104ff und 240; für das deutsche Aktienrecht vgl. Henn 179 zu § 76 I AktG: Der Vorstand hat die Gesellschaft unter eigener Verantwortung zu leiten, d.h. dass diese Verantwortung nicht delegierbar ist, weder nach unten (Angestellte) noch nach oben (Aufsichtsrat oder Hauptversammlung) noch an Dritte (z.B. andere Gesellschaft).
- 5) Meier-Wehrli 11; nach Druey 79 Anm 10 muss sich die ausdrückliche Erwähnung von "Geschäftsführung" neben der "Verwaltung" in OR 754 I auf die in OR 717 II genannten formellen Delegierten und Direktoren beziehen, weil die Geschäftsführung ursprünglich ausschliesslich dem Verwaltungsrat zustand; vgl. zu den Begriffen "Delegation", "Handlungs- und Führungsverantwortung" die Ausführungen bei Hess 101-103.

dungsbefugnisse sowie die Möglichkeit einer wenigstens indirekten Beeinflussung von Verwaltungsratsbeschlüssen (und ist geeignet), unmittelbar zur Realisierung des Gesellschaftszweckes beizutragen" (6).

II. Der Organbegriff im Körperschaftsrecht

Im Körperschaftsrecht kommen dem Organbegriff drei verschiedene Bedeutungen zu (7).

1. Funktionsträger

"Organ" bedeutet einmal "Funktionsträger" (8). Organe als Funktionsträger einer juristischen Person sind Bestandteile der juristischen Person selbst. Sie verfügen über keine selbständige Rechtspersönlichkeit (9).

- 6) Meier-Wehrli 12; ferner E. Schucany, Komm. N 3 zu OR 712; nach Gutzwiller 485: "Geschäftsführung ist leitende Tätigkeit, ist entscheidende Teilnahme an der dem konkreten Zweck des Unternehmens entsprechenden Willensbildung"; nach Druey 79 muss im Worтеlement "führen" vom Begriff "Geschäftsführung" der Aspekt des Leitens und nicht derjenige des Durchführens erblickt werden; ferner Komm-AktG N 1 zu § 77: dem Vorstand steht die Geschäftsführung zu. "Dieser Begriff umfasst jedes Handeln des Vorstands für die Gesellschaft, gleichviel, ob es tatsächlicher (...) oder rechtlicher Natur (ist)". Nach Henn 181f zu § 77,90-92 AktG handelt es sich bei der Geschäftsführung vor allem um Führungstätigkeit. Nach deutschem Aktienrecht ist stets der Vorstand ausführendes Organ. Die Massnahmen der Geschäftsführung selbst können nie dem Aufsichtsrat übertragen werden. Der Aufsichtsrat kann nach § 111 IV AktG lediglich bestimmte Arten von Geschäften seiner Zustimmung unterwerfen; ein Weisungsrecht kommt ihm aber gegenüber dem Vorstand nicht zu; vgl. dazu Hueck 149.
- 7) Forstmoser, Organbegriff 126.
- 8) Egger N 5 zu ZGB 54/55; Forstmoser/Meier-Hayoz § 15 N 3 führen als Beispiel für diesen Organbegriff die für die Aktiengesellschaft zwingend vorgeschriebenen drei Organe: Generalversammlung, Verwaltung und Kontrollstelle an.
- 9) Meier-Hayoz/Forstmoser § 2 N 19; Holzach 9; Meier-Wehrli 17; BGE 44 II 136, 54 II 254.

2. Exekutivorgan

Tritt der Funktionsträger nach aussen auf, engt sich der Organbegriff ein. So verstanden ist "Organ" gleichbedeutend mit "Exekutivorgan" (10) oder Verwaltung. Dieser engere Organbegriff wird auf ZGB 55 und OR 718 angewendet (11).

3. Organbegriff im Sinn von OR 754

In der Lehre und Rechtsprechung wird der Organbegriff auch zur Bestimmung der Personen verwendet, die von der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit erfasst werden (12). Wer Organperson ist, unterliegt OR 754.

Lehre und Rechtsprechung gehen von der Identität des Organbegriffs nach ZGB 55 bzw. OR 718 und OR 754 aus (13). So wird etwa der durch die Rechtsprechung gewonnene Organbegriff zu ZGB 55 zur Bestimmung des nach OR 754 verantwortlichen Personenkreises herangezogen (14). Dieses Vorgehen blieb aber in der neueren Literatur nicht unwidersprochen (15).

10) Vgl. Forstmoser, Organbegriff 126; Schulthess 3; nach Böckli 88, soll der Verwaltungsrat nach der ursprünglichen Konzeption des Obligationenrechts das "geschäftsführende", also wirklich das exekutive Organ der Gesellschaft sein.

11) Forstmoser, Organbegriff 126 Anm 4.

12) OR 754ff.

13) Nachweis bei Forstmoser, Organbegriff 127f; OR 718 II/III und 754 gelten als aktienrechtliche Konkretisierung des Organbegriffs nach ZGB 55 II/III; vgl. dazu Albers-Schönberg 46.

14) ZGB 55, der im Gegensatz zu OR 718 den Ausdruck "Organ" verwendet, entspricht zusammen mit OR 718 dem Begriff des "Exekutivorgans"; vgl. auch EArt. 722 OR, der unter der Marginale "Organ" steht; dazu Botschaft (1983) 182.

15) Forstmoser, Organbegriff 128; Druey 77ff; vgl. aber auch Watter N 118ff, beso. Anm 384f und die dort zitierte Literatur zur Identität des Organbegriffs nach OR 718 III bzw. ZGB 55 II und OR 754; Schumacher 59; Botschaft (1983) 182.

Nachfolgend konzentrieren wir uns auf den Organbegriff für die Abgrenzung desjenigen Personenkreises, welcher der besonderen aktienrechtlichen Verantwortlichkeit für Verwaltung und Geschäftsführung unterliegt.

III. Der Organbegriff im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht

In der Literatur und Rechtsprechung wird die Unterteilung des Organbegriffs im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht unterschiedlich vorgenommen (16).

Die herkömmliche dogmatische Zweiteilung des Organbegriffs in formelle und materielle Organstellung (17) wurde durch die Sammelbegriffe des "faktischen Organs" (18) und der "Organstellung infolge Kundgabe" (19) aufgeweicht.

Im folgenden sind diese vier Begriffe auszuloten und gegeneinander abzugrenzen.

IV. Organstellung im formellen Sinn

Organ im formellen Sinn ist diejenige natürliche Person, die als Mitglied des Verwaltungsrates durch die Generalversammlung gewählt (20) und durch Eintragung

16) Statt vieler: Forstmoser, Organbegriff 128ff; von Planta, Doppelorganschaft 599.

17) Vgl. Anm 15.

18) Gehriger 14ff mit Hinweisen auf Literatur und Rechtsprechung.

19) Forstmoser, Organbegriff 130ff.

20) Vgl. OR 698 II Ziff. 2 und OR 708 I; nach BGE 107 II 182f gehört die Wahl der Verwaltung, die aus einer oder mehreren Personen (Verwaltungsratsmitglieder) besteht, zu den unübertragbaren Befugnissen der Generalversammlung.

im Handelsregister und Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt (21) nach aussen bekannt gegeben wurde (22), unabhängig davon, welche interne Funktion sie tatsächlich erfüllt (23).

Die formelle Organstellung innerhalb einer Aktiengesellschaft lässt sich daher jederzeit am Handelsregistereintrag ablesen, weshalb der Umfang des Personenkreises, welcher unter den formellen Organbegriff fällt, kaum Probleme schafft.

Dieser nach rein formellen Kriterien bestimmte Personenkreis erfasst aber diejenigen Personen nicht, die ohne formelle Mitgliedschaft im Verwaltungsrat tatsächlich Verwaltungs- und Geschäftsführungsfunktionen ausüben. Insofern muss das aktienrechtliche Verantwortlichkeitsrecht auch auf die tatsächlichen Verhältnisse Rücksicht nehmen und darf sich nicht nur mit rein formellen Kriterien - Wahl und Handelsregistereintrag - begnügen. Dadurch wird der Organbegriff zu einem faktischen bzw. materiellen, ein auf die tatsächlich ausgeübte Funktion bezogener Begriff.

V. Organstellung im materiellen Sinn

Im folgenden sind einige Umschreibungen aus Literatur und Rechtsprechung zur Organstellung im materiellen Sinn zu erwähnen:

21) Entscheidend ist der formale Vorgang von Registereintrag und amtlicher Publikation; vgl. dazu OR 641 Ziff. 8 und HRV 40.

22) Vgl. die vom Gesetz in OR 933 I aufgestellte Fiktion, wonach jedem Dritten die Kenntnis eines Eintrages unterstellt wird (positive Publizitätswirkung des Registereintrages).

23) Forstmoser, Verantwortlichkeit N 482; Bürgi/Nordmann N 119 zu OR 753/754; von Planta, Doppelorganschaft 599.

1. Literatur

Nach Bürgi (24) ist der Organbegriff im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht auf alle Personen auszudehnen, "welche (...) selbständige Kompetenzen für die Geschäftsführung - wenn auch unter Oberaufsicht der Verwaltung - oder entsprechend selbständige Kontrollfunktionen ausüben".

Nach Meier-Wehrli (25) ist in erster Linie die Funktion massgebend, welche die zur Rechenschaft gezogene Person im Namen der Gesellschaft ausübt; es kommt darauf an, ob die in Frage stehende Person "selbständige Entscheidungen zu treffen und für die AG wesentliche Aufgaben zu erfüllen habe".

Nach Fehr (26) setzt die Organhaftung nicht notwendig die Mitwirkung bei der Beschlussfassung, der inneren Willensbildung der Körperschaft voraus; "wer in leitender Stellung für sie handelt, soll nach den speziellen Haftungsbestimmungen auch die Verantwortung tragen".

Der Kreis der verantwortlichen Personen ist demnach nicht nach einem formalen Kriterium zu bestimmen, sondern aus der Funktion heraus, die jemand tatsächlich in einer Gesellschaft ausübt.

Nach Gehriger (27) wird der Organbegriff funktionell

24) Bürgi N 34 vor OR 698-731.

25) Meier-Wehrli 19.

26) Fehr 149.

27) Gehriger 19 und 75; vgl. zur funktionellen Betrachtungsweise: Bürgi N 19ff und 33ff vor OR 698-731; Forstmoser/Meier-Hayoz § 15 N 13; nach Homburger 162 ist mit der funktionellen Betrachtungsweise unter Umständen eine erhebliche Rechtsunsicherheit verbunden, weil unklar bleibt, wo die "Grenze" (liegt) zwischen haftungsrechtlich unbeachtlicher Einflussnahme auf die Willensbildung der Gesellschaft einerseits und massgeblicher Mitbestimmung dieser Willensbildung andererseits".

bestimmt, "nicht die formellen, sondern die materiellen Kriterien sind massgebend. Wesentliches Kriterium ist die Ausübung von Funktionen, die typischerweise den Organen zustehen".

Reichwein (28) hebt ebenfalls die Funktion hervor, die jemand in einer Gesellschaft ausübt. Danach kommt Organqualität im Sinn von OR 754 I nicht "nur den Verwaltungsratsmitgliedern zu, sondern allen Personen, die (auch ohne als Verwaltungsrat im Handelsregister eingetragen zu sein) an der Verwaltung im engeren Sinn tatsächlich mitwirken oder eigentliche Geschäftsführungsfunktionen ausüben, (möglicherweise auch Direktoren, Vizedirektoren, Prokuristen, Bevollmächtigte, Angestellte und sogenannte "graue Eminenzen)".

Nach Forstmoser (29) sind neben der formellen Organ-eigenschaft alle jene Personen dem aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht unterstellt, die "in massgebender Weise an der Willensbildung der AG teilnehmen und kooperative Aufgaben selbständig ausüben" (30).

Nach Druey (31) muss man sich fragen, ob die heute als "unbestritten" geltende weite Fassung des Organbegriffs im Verantwortlichkeitsrecht richtig ist, "wonach jeder mit einer gewissen Selbständigkeit handelnde Angestellte; d.h. wohl praktisch das Kader des Unternehmens insgesamt, einbezogen ist". Aus der Entstehungsgeschichte und Systematik gehe nämlich recht deutlich hervor, dass es die Absicht sei, die oberste Schicht der Hierarchie zu erfassen".

28) Reichwein, Solidarität 133; vgl. auch Bürgi N 27 zu OR 717 und E. Schucany, Komm. N 3 zu OR 717; BGE 78 IV 30; 68 II 301.

29) Forstmoser, Verantwortlichkeit N 483; ähnlich Forstmoser/Meier-Hayoz § 25 N 2.

30) Weitere Literaturhinweise bei Forstmoser, Verantwortlichkeit Anm 842.

31) Druey 79.

2. Rechtsprechung

Nach BGE 107 II 353f gelten auch diejenigen Personen als mit der Verwaltung und Geschäftsführung betraut, "die tatsächlich Organen vorbehaltene Entscheide treffen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgen und so die Willensbildung der Gesellschaft massgebend bestimmen".

Nach BGE 104 II 197 ist auch derjenige als Organ anzusehen, "der unter der Aufsicht des obersten Verwaltungsausschusses einer juristischen Person deren eigentliche Geschäftsführung besorgt oder sich sonst in leitender Stellung betätigt" (32).

In strafrechtlichem Zusammenhang hält BGE 78 IV 30 fest, dass Verwaltungsorgane auch Personen sind, "welche die Gesellschaft tatsächlich leiten, indem sie die Mitglieder der statutarischen Verwaltung, die Direktoren oder Bevollmächtigten als Strohmänner benutzen" (33).

Zu beachten ist auch BGE 76 II 166f, wo das Bundesgericht zum Begriff des "Gründers" feststellt: "Es gehören dazu nicht nur die Personen, welche die Initiative zur Gründung ergreifen (...), sondern auch der viel weitere Kreis von Personen, die in schöpferischer Weise bei der Gründung mitwirken (...)" (34).

32) Vgl. BGE 102 II 353ff (beso. E3a); 87 II 187; 81 II 225.

33) Vgl. auch BGE 97 IV 10ff, wonach ein Geschäftsführer (im strafrechtlichen Sinn) "ein die Gesellschaft tatsächlich leitendes Verwaltungsorgan einer Gesellschaft (ist)".

34) Hinweise auf weitere Entscheide bei Forstmoser, Verantwortlichkeit Anm 842; Gutzwiller 489ff.

Das Bezirksgericht Zürich erklärt mit Urteil vom 14. April 1972 (35), dass Organ ist, "wer sich die Stellung eines Verwaltungsrates anmassst".

Nach einem Entscheid des Appellationshofes des Kantons Bern, III. Zivilkammer, vom 23.3.1981 (36) liegt es in der Natur der Sache, dass "Betrautsein" im Sinn von OR 754 I nicht bloss durch förmliche Wahl oder durch vertragliche Abmachungen erfolgen könne, sondern eben auch "durch besonders intensive Beratung, Betreuung und Ueberwachung der formellen Organe im Auftrage eines Dritten".

Der so verstandene Organbegriff ist uferlos und zweifellos unhaltbar. Darauf ist zurückzukommen (37).

3. Tatsachenvorgänge

Die zitierten Stellen aus Literatur und Rechtsprechung zum materiellen Organbegriff lassen klar erkennen, dass es entscheidend auf "Tatsachenvorgänge" (38) ankommt. Organstellung im materiellen Sinn setzt auf jeden Fall tatsächliche - nicht nur mögliche - Einflussnahme auf die Willensbildung der Gesellschaft voraus. Gerade darin unterscheidet sich die materielle von der formellen Organstellung. Die Verantwortlichkeit aus materieller Organstellung knüpft an die tatsächliche innere Funktion an und nicht an deren Erkennbarkeit durch Dritte.

35) Zitiertes Urteil bei Gehrig 146.

36) Auf diesem Entscheid basiert BGE 107 II 349ff.

37) Vgl. hinten § 14 II.2.

38) Reichwein, Solidarität 133.

Die tatsächlichen Verhältnisse sind zu beachten, nicht die rechtlichen (39). Dies wiederum bedeutet aber nicht, dass sich der materielle und der formelle Organbegriff gegenseitig ausschliessen - im Gegenteil - sie ergänzen sich (40), indem jeder Begriff dazu beiträgt, einen Teil des Personenkreises zu erfassen, der unter die aktienrechtliche Verantwortlichkeit fällt (41).

4. Zwischenergebnis

Als Organ im materiellen, funktionellen Sinn wird bezeichnet, "wer - ohne formell gewählt worden zu sein - effektiv und in entscheidender Weise an der Bildung des Verbandswillens teilhat, indem er in einem wesentlichen Aufgabenbereich der juristischen Person selbständige Entscheidungsbefugnisse besitzt" (42) oder sich solche anmasst.

5. Tatsächliche Einflussnahme aus organtypischer Stellung heraus

Die neuere Lehre zieht die Grenze zwischen organschaftlicher und nicht organschaftlicher Einflussnahme auf eine Gesellschaft mit dem "Erfordernis der tatsächlichen Einflussnahme aus einer organtypischen Stellung heraus" (43).

39) Auf welcher rechtlichen Grundlage die tatsächliche Einflussnahme fusst, ist belanglos. Entscheidend ist für die Organstellung nur, ob tatsächlich eine genügend intensive Einwirkung auf grundlegende Entscheide der Gesellschaft erfolgt; vgl. dazu Gehriger 22ff.

40) Albers-Schönberg 50 bezeichnet den materiellen Organbegriff als Oberbegriff, der den formellen Organbegriff mitumfasst.

41) Nach Druey 80 schliessen sich formelle und materielle Kriterien aus, weil sowohl die "wirkliche" Organisation wie auch diejenige, die durch den Handelsregistereintrag officialisiert ist, Anspruch auf Vollständigkeit erhebt; vgl. dazu den kritischen Einwand bei Forstmoser, Organbegriff 139f.

42) Forstmoser, Organbegriff 129 und Meier-Hayoz/Forstmoser § 25 N 2.

43) Forstmoser, Organbegriff 146; vgl. auch Gehriger 15/19 und Druey 78f.

Nach Forstmoser (44) muss jemand die Bildung des Verbandswillens nicht nur wesentlich beeinflussen, sondern er "muss dies vielmehr so tun, wie wenn er Organ wäre" (45). Danach genügt es noch nicht, dass jemand effektiv Einfluss auf Bereiche nimmt, die zur Verwaltung und Geschäftsführung gehören, sondern jemand muss auf die Gesellschaftsentscheide in einer Art und Weise einwirken, wie dies für formelle Organe üblich und typisch ist (46).

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass es für die Abgrenzung zwischen organschaftlicher und nicht organschaftlicher Einflussnahme auf die Gesellschaft entscheidend darauf ankommt, in welcher Weise auf die Bildung des Verbandswillens eingewirkt wird (47).

VI. Organstellung im faktischen Sinn

Vom überwiegenden Teil der Lehre wird das faktische Organ gleichbedeutend mit dem Organ im materiellen Sinn verwendet (48).

44) Forstmoser, Organbegriff 148.

45) Vgl. dazu Druey 79f; Watter N 144 und dort Anm 415 mit weiteren Literaturhinweisen; Gehrig 15 (Definition des faktischen Organs); BGE 107 II 355.

46) Forstmoser, Organbegriff 146/148; nach von Planta, Doppelorganshaft 605 hilft das von Forstmoser für das materielle Organ zusätzlich verlangte Kriterium, wonach dieses handeln müsse, wie wenn es Organ wäre, kaum weiter; nach Watter N 144 können sich Indizien für eine organähnliche Stellung aus Organigrammen, der Einladung zu Verwaltungsratssitzungen und bei Prokuristen auch aus der Art der Entlohnung ergeben; ähnlich Meier-Wehrli 19.

47) Vgl. dazu ausführlich hinten § 14.

48) Dazu Forstmoser, Organbegriff 129; Pedrazzini, Personenrecht 192f; Schumacher 64; Gehrig 15 und 19; Hütte 48f.

Einige dagegen grenzen die faktische Organstellung von der materiellen ab (49), ohne dabei einen "materiellen" Gewinn für die Beurteilung des Personenkreises zu erzielen, welcher von der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit erfasst wird.

Für das weitere Vorgehen dieser Arbeit schliessen wir uns daher der ersten Meinung an, wonach die faktische Organstellung mit der materiellen identisch ist.

In Lehre und Rechtsprechung ist heute unbestritten, dass die aktienrechtliche Verantwortlichkeit sowohl die formelle als auch die materielle Organstellung erfasst (50).

VII. Organstellung infolge Kundgabe

Forstmoser (51) fügt der in der Lehre und Rechtsprechung herkömmlichen Gliederung in formelle und materielle Organeigenschaft die "Organstellung infolge Kundgabe" hinzu.

49) Von Planta, Doppelorganschaft 600 und 604 erwähnt neben dem formellen und materiellen Organ sowie dem Organ durch Kundgabe das faktische Organ; dieses zeichnet sich nach von Planta dadurch aus, dass es zur Gesellschaft in keinem Vertragsverhältnis steht, aber den Geschäftsgang in entscheidender Weise durch angemessene Machtausübung beeinflusst; ähnlich Lanter 34f; in der Botschaft (1983) 191 zu EArt. 754 OR wird zwischen formellen (Mitglieder des Verwaltungsrates), materiellen (Direktoren, Geschäftsführer usw.) und faktischen Organen (u.a. stille und verdeckte Verwaltungsratsmitglieder) unterschieden; so auch Hunziker 102; vgl. ferner hinten § 13 III. zur Grundlage tatsächlicher Einflussnahme.

50) Forstmoser/Meier-Hayoz § 25 N 2; ferner BGE 107 II 353 (E5a) und die dort zitierte Literatur und Rechtsprechung.

51) Forstmoser, Organbegriff 130ff; ferner von Planta, Doppelorganschaft 600; Bucher 573; Schwager 47f; vgl. weiter KölnerKomm N 42 zu § 78 AktG spricht von "Duldungsvorstand".

Beim Dritten könne nämlich auch ohne Handelsregister-
eintrag und amtliche Publikation durch blosse individu-
elle Mitteilung an einen bestimmten Dritten (52) oder
durch konkludentes Verhalten (53) ein "berechtigtes
Vertrauen" in die Organstellung entstehen (54).

Die Organstellung infolge Kundgabe knüpft also analog
dem Stellvertretungsrecht (55) an den Anschein von Or-
gankompetenz an. Wer berechtigtes Vertrauen in den er-
weckten Anschein haben durfte, kann sich auf die Organ-
stellung infolge Kundgabe berufen (56).

M.E. erscheint es sinnvoll mit der traditionellen Zwei-
teilung des Organbegriffs in eine formelle und materi-
elle Organstellung zu brechen und die gängige Auftei-
lung durch die "Organstellung infolge Kundgabe" zu
ergänzen. Denn es erscheint logisch, dass eine indivi-
duelle Mitteilung oder ein konkludentes Verhalten den
gleichen Vertrauensschutz geniessen muss wie die im
Handelsregister eingetragene Organstellung.

52) Zitiertes Beispiel bei Forstmoser, Organbegriff 131 Anm 26: Es wird z.B. Herr X
im Schreiben an einen Gläubiger als Verwaltungsrat vorgestellt, obwohl er nicht
als solcher im Handelsregister eingetragen ist; vgl. dazu § 80 AktG, wonach auf
allen Geschäftsbriefen, die an einen bestimmten Empfänger gerichtet werden,
alle Vorstandsmitglieder namentlich aufzuführen sind.

53) Zitiertes Beispiel bei Forstmoser, Organbegriff 131 Anm 27: "Ein untergeordne-
ter Angestellter erweckt den Anschein, selbständige Entscheidungsbefugnisse in
grundlegenden Angelegenheiten der Gesellschaft zu haben".

54) Forstmoser, Organbegriff 130f und dort die Beispiele in Anm 26f.

55) OR 32ff.

56) Nach Forstmoser, Organbegriff 138f steht der Gesellschaft - entgegen OR 754 I -
kein eigener Anspruch zu, da sie um den tatsächlichen Kompetenzumfang weiss.
Dem Anschein von Organkompetenz können nur Aktionäre und Gläubiger ausgesetzt
sein; vgl. dazu Watter N 144 am Ende und insbesondere dort Anm 424.

§ 2 Der Kreis der verantwortlichen Organpersonen im einzelnen

I. Uebersicht

Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit der mit der Verwaltung und Geschäftsführung betrauten Personen ist eine rein persönliche, d.h. nur der Organträger (Organperson) kann Subjekt dieser Verantwortlichkeit sein (1).

II. Personen mit Organeigenschaft

Nach Lehre und Rechtsprechung kommt im einzelnen folgenden mit der Verwaltung und Geschäftsführung betrauten Personen Organeigenschaft (2) zu, wobei aber die Voraussetzungen dazu unterschiedlich sind:

- Den Mitgliedern des Verwaltungsrates (3).
- Dem fiduziarischen Verwaltungsratsmitglied (4).
- Dem verdeckten Verwaltungsratsmitglied (5).
- Dem stillen Verwaltungsratsmitglied (6).
- Dem Hintermann (7).

1) Forstmoser, Verantwortlichkeit N 4.

2) Forstmoser, Verantwortlichkeit N 481; Guhl/Merz/Kummer 691f; Druey 77; Meier-Wehrli 20.

3) In Anknüpfung an die formelle Organeigenschaft; vgl. hiezu vorn § 1 IV. und Forstmoser, Verantwortlichkeit N 486.

4) Gleichbedeutend sind die Begriffe "abhängiger Verwaltungsrat" oder "Strohmann"; zum fiduziarischen Verwaltungsrat: Forstmoser/Meier-Hayoz § 22 N 8 und § 41 N 31; von Greyerz, PrivatAG 65; Gehrig 78-80; Bürgi/Nordmann N 119 zu OR 753/754; Jäggi 1ff zu ZR 58(1959)179ff; Gautschi 30ff; Thalman 53ff; V. Picenoni 321ff; Caflisch 139ff; Botschaft (1983) 191; BGE 78 IV 28ff betr. Strohmann.

5) Ausführlich hinten § 6 und § 12ff.

6) Ausführlich hinten § 8ff und § 16ff.

7) Nach Forstmoser, Verantwortlichkeit N 491, beso. Anm 851 und der dort zitierten Literatur und Rechtsprechung (mit zum Teil abweichenden Meinungen) wird die Haftbarkeit des Hintermannes entsprechend dem materiellen, funktionellen Organbegriff begründet; vgl. weiter: Botschaft (1983) 191; Forstmoser/Meier-Hayoz § 25 N 4; von Greyerz, Privatrecht 291; BGE 78 IV 28ff.

- Dem Haupt- oder Alleinaktionär (8).
 - Dem in den Verwaltungsrat gewählten Berater (9).
 - Die Haftung von juristischen Personen oder Handelsgesellschaften sowie des Gemeinwesens für die von ihnen entsandten Mitglieder der Verwaltung (10).
 - Den Suppleanten (11).
 - Den Direktoren, Prokuristen, Handlungsbevollmächtigten und anderen Angestellten (12).
 - Dem für die Aktiengesellschaft bestellten Beistand (13).
- 8) Nach Forstmoser, Verantwortlichkeit N 494 ist der Haupt- oder Alleinaktionär nur dann als Organ der Gesellschaft zu betrachten und der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit zu unterstellen, wenn er Verwaltungs- und Geschäftsführungsfunktion im Sinn des materiellen, funktionellen Organbegriffs ausübt; vgl. ferner ausführlich zu diesem Problem: von Planta, Haftung 81ff; Werner von Steiger 699ff; Woernle 1ff; für das liechtensteinische Recht: Forstmoser, LJZ 3; vgl. für Konzernverhältnisse: Vischer, GrossAG 88ff; Hans J. Bär 95ff und Forstmoser, Verantwortlichkeit N 496-498;
- 9) Diesem kommt durch die Wahl formelle Organeigenschaft zu, weshalb er uneingeschränkt dem aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht untersteht, so nach Forstmoser, Verantwortlichkeit N 514f.
- 10) Ausführlich bei Forstmoser, Verantwortlichkeit N 499-513; ferner G. Schucany 96ff; zur Interessenkollision vgl. Vischer, GrossAG 79f und bes. 88ff; vgl. auch SAG 1986/38ff zur umstrittenen Haftung der delegierenden juristischen Person.
- 11) Vgl. zum Umfang der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit des Suppleanten: F. von Steiger, Aktienrecht 228f; von Greyerz, Privatrecht 202; derselbe, PrivatAG 67; Forstmoser, Verantwortlichkeit N 516f; vgl. auch § 94 AktG, wonach die Vorschriften für die Vorstandsmitglieder auch für ihre Stellvertreter (Suppleanten) gelten. Nach Godin/Wilhelmi Anm 3 zu § 94 AktG liegt in der Praxis der Unterschied der Stellung des stellvertretenden Vorstandsmitgliedes von der des ordentlichen "regelmässig gerade in einer minderen Geschäftsführungsbefugnis, aber wohl niemals in dem Sinn, dass es nur vertretungsweise für ein behindertes ordentliches Mitglied einzuspringen hätte (...)". Nach KölnerKomm N 2 zu § 94 AktG unterliegen alle stellvertretenden Vorstandsmitglieder allen Vorschriften der §§ 76-93 AktG; und zwar unabhängig davon, ob der Vertretungsfall gegeben ist oder nicht.
- 12) Die Frage der Unterstellung der genannten Personen - mit Ausnahme des Sekretärs des Verwaltungsrates, sofern dieser nur die ihm zugedachte administrative Arbeit verrichtet - richtet sich nach dem materiellen Organbegriff; Nachweis hiezu bei Forstmoser, Verantwortlichkeit N 518f; nach Schumacher 62 ist jeder Zeichnungsberechtigte Organ; a.M. Forstmoser, Verantwortlichkeit N 520, wonach die Unterschriftsberechtigung für die Unterstellung unter OR 754ff nicht massgebend ist; vgl. auch E. Schucany, Komm. N 1 zu OR 754.
- 13) Nach Schumacher 220ff richtet sich die Haftung des für die juristische Person bestellten Beistandes nicht nur nach den vormundschaftlichen Bestimmungen (ZGB 367 II, 426ff und 454ff), sondern auch nach OR 752ff; dazu differenzierter Forstmoser, Verantwortlichkeit N 521; a.M. Rudolf Schroff: Die Beistandschaft für eine juristische Person (Diss Freiburg 1953) 108.

§ 3 Unklare Begriffe für stille und verdeckte Verwaltungsratsmitglieder

Die Begriffe des stillen und verdeckten Verwaltungsratsmitgliedes sind in der Literatur (1) und der Rechtsprechung (2) bekannt. Aber sowohl die Literatur als auch die Rechtsprechung sind sich uneins in der Bedeutung und Anwendung dieser in der Praxis doch relativ häufig anzutreffenden "Verwaltungsratstypen".

Im folgenden werden daher die vier nachstehenden "Verwaltungsratstypen" auseinandergehalten und definiert:

- Verwaltungsratsmitglied gemäss Gesetz (§ 5)
- Verdecktes Verwaltungsratsmitglied (§ 6)
- Verwaltungsratsmitglied infolge Kundgabe (§ 7)
- Stilles Verwaltungsratsmitglied (§ 8)

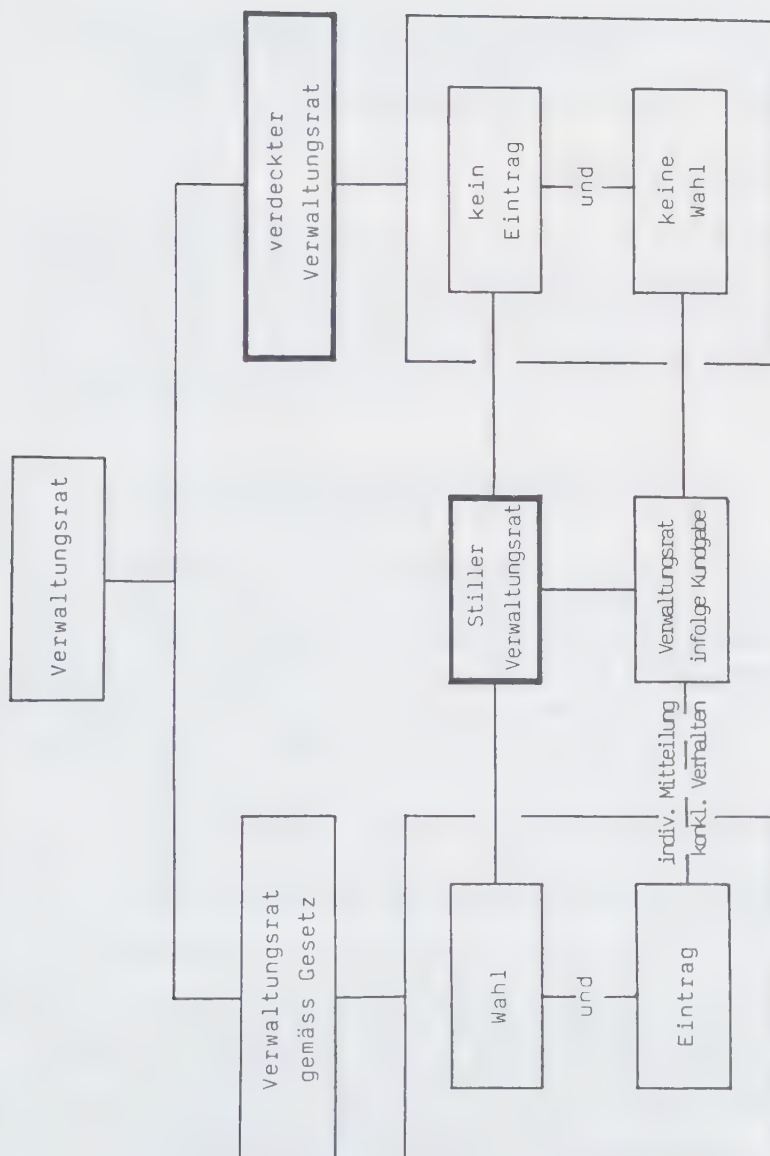
1) Statt vieler: Forstmoser, Verantwortlichkeit N 489f.

2) Für das stille Verwaltungsratsmitglied BGE 107 II 349ff bzw. für das verdeckte Verwaltungsratsmitglied ein Urteil des Appellationshofes des Kantons Bern, III. Zivilkammer, vom 23. März 1981. Zur Terminologie stiller und verdeckter "Verwaltungsräte": Mit "Verwaltungsrat" bezeichnet man - genau besehen - den Funktionsträger, also die Verwaltung als solche. Der einzelne Beteiligte an der Verwaltung ist dagegen ein Verwaltungsratsmitglied.

Zweites Kapitel:

GLIEDERUNG DES VERWALTUNGSRATES

§ 4 Schematische Uebersicht



§ 5 Verwaltungsratsmitglied gemäss Gesetz

I. Uebersicht

In Anlehnung an die Organstellung im formellen Sinn (1) sind für die Stellung als VR-mitglied gemäss Gesetz folgende zwei Voraussetzungen zu erfüllen:

1. Formelle Wahl

Sind mit der Verwaltung (2) mehrere Personen betraut, so bilden sie den Verwaltungsrat (3). Jedes Mitglied des Verwaltungsrates muss Aktionär der Gesellschaft sein (4). Wahl und Abberufung der Verwaltungsratsmitglieder fallen in die ausschliessliche Kompetenz der Generalversammlung (5).

2. Handelsregistereintrag und Publikation

Alle Mitglieder der Verwaltung sind im Handelsregister einzutragen (6). Die Anmeldung muss durch die Verwaltung erfolgen (7). Die Eintragung im Handelsregister wird durch das Eidgenössische Amt für das Handelsregister im Schweizerischen Handelsamtsblatt veröffentlicht (8). Jedoch ist die Eintragung im Handelsregi-

1) Vgl. vorn § 1 IV.

2) Vgl. zum Begriff "Verwaltung" vorn § 1 I.1.

3) OR 712 I.

4) OR 707; anders im deutschen Aktienrecht, wo das Vorstandsmitglied nicht Aktionär zu sein braucht; vgl. dazu § 76 II AktG; Hueck 142.

5) OR 698 II Ziff. 2, 708 I und 705 I; vgl. dagegen § 84 AktG, wo die Mitglieder des Vorstandes durch den Aufsichtsrat bestellt und abberufen werden. Die Bestellung durch den Aufsichtsrat ist zwingend (KölnerKomm N 5 zu § 84 AktG).

6) OR 641 Ziff 8; vgl. HRV 22, der die Anmeldung regelt.

7) Forstmoser, Aktienrecht § 11 N 12-16; HRV 22 II; vgl. ferner § 81 AktG, wonach jede Aenderung in der personellen Zusammensetzung des Vorstandes zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden ist. Anmeldepflichtig ist der Vorstand; vgl. hiezu Komm-AktG N 2 und 9 zu § 81.

8) OR 931 I; HRV 113 I und 115.

ster nicht Bedingung für die Rechtsgültigkeit der Bestellung als Verwaltungsratsmitglied (9).

"Der Zweck des Handelsregisters besteht darin, dem Publikum und den Gläubigern in klarer Weise die Verhältnisse und die Verantwortlichkeitsordnung der eintragungspflichtigen Geschäftsbetriebe zur Kenntnis zu bringen" (10).

II. Definition

Wer kompetenzgemäss zum Verwaltungsratsmitglied gewählt und als solches im Handelsregister eingetragen und publiziert worden ist, ist Verwaltungsratsmitglied gemäss Gesetz (11).

III. Begründung der Unterstellung unter die aktienrechtliche Verantwortlichkeit

Beim Verwaltungsratsmitglied gemäss Gesetz, dem durch die Wahl und den Handelsregistereintrag formelle Organeigenschaft zukommt, rechtfertigt sich die Verantwortlichkeit nach OR 754 aus Gründen des Vertrauensschutzes (12).

Der Rechtsverkehr geniesst Vertrauensschutz, weil der Handelsregistereintrag und die Bekanntmachung im Schweizerischen Handelsamtsblatt den Anschein einer bestimmten Rechtslage erwecken (13). Mit dem Eintrag

9) F. von Steiger, Aktienrecht 224; von Greyerz, Privatrecht 202; Forstmoser, Verantwortlichkeit N 488; ZR 60(1961)Nr. 147; ebenso im deutschen Aktienrecht, vgl. dazu Komm-AktG N 17 zu § 81; Heidenhain/Meister 579 Anm 3.

10) BGE 108 II 129 = Pr 71(1982)Nr.239; ferner BGE 104 Ib 322; Gauch 151; Forstmoser, Aktienrecht § 11 N 97; Funk N 1 zu OR 927 und N 1 zu OR 933; vgl. auch Wiedemann 573ff zum Gläubigerschutz durch Publizität.

11) OR 708 I und 641 Ziff. 8.

12) Forstmoser, Organbegriff 129f.

13) Dazu Komm-Staub N 10 zu § 15 HGB.

und der Publikation kommt das positive Publizitätsprinzip des Handelsregisters zum Tragen (14). Der Eintrag der formellen Organeigenschaft wirkt gegenüber jedermann und zwar unabhängig von einer tatsächlichen Kenntnisnahme des Registereintrages durch Dritte (15).

14) Vgl. OR 933 I.

15) Vgl. zum positiven Publizitätsprinzip: Funk N 1 zu OR 933; Guhl/Merz/Kummer 783; Gauch 51; nach BGE 106 II 351 muss vom positiven Publizitätsprinzip gemäss OR 933 I abgewichen werden, wenn "Treu und Glauben es gebieten". Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die "Gegenpartei zum guten Glauben an eine vom Registereintrag abweichende Rechtslage Anlass gegeben hat".

§ 6 Verdecktes Verwaltungsratsmitglied

I. Literatur und Rechtsprechung

Der Begriff des verdeckten Verwaltungsratsmitgliedes wird sowohl in der Literatur als auch in der Rechtsprechung erwähnt.

1. Literatur

Meier-Wehrli (1) spricht von "verdeckten" Mitgliedern der Verwaltung (2), weil ihnen die "offizielle Zugehörigkeit zum Verwaltungsrat zwar verwehrt oder nicht genehm ist und (sie) sich deshalb nicht formell wählen lassen, obwohl sie effektiv die Verwaltung gleichwohl selbst ausüben oder doch daran teilhaben" (3).

Nach Bürgi/Nordmann (4) fallen auch die sogenannten "verdeckten Verwaltungsräte" unter die Verantwortlichkeitsbestimmungen, weil formelle Kriterien nicht allein ausschlaggebend sein sollen, sondern es komme vielmehr auf die "effektive materielle Stellung" dieser Personen an.

Forstmoser (5) definiert die verdeckten Verwaltungsratsmitglieder als Personen, "die sich nicht formell wählen lassen, die aber effektiv die Verwaltung ausüben oder daran teilhaben".

- 1) Meier-Wehrli 21f; ähnlich Forstmoser, Verantwortlichkeit N 490; vgl. auch SAG 1950/182ff betreffend "pro forma"-Verwaltungsräte.
- 2) Vgl. Bürgi N 10 zu OR 712 und Bürgi/Nordmann N 119 zu OR 753/754.
- 3) Vgl. Gehriger 14f und 91ff.
- 4) Bürgi/Nordmann N 119 zu OR 753/754; ferner Bürgi N 10 zu OR 712.
- 5) Forstmoser, Verantwortlichkeit N 490.

Gehriger (6) handelt das verdeckte Verwaltungsratsmitglied (7) unter dem faktischen Organ ab. Dieses soll per analogiam OR 754 unterstellt werden (8).

Wer über längere Zeit die Geschicke einer Gesellschaft durch Kredit- und Lieferungspolitik bestimmt und eventuell sogar einen nicht stimmberechtigten Vertreter zu Verwaltungsratssitzungen delegiert, darf sich nach Hütte (9) nicht wundern, wenn auf ihn die Bestimmungen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit angewendet werden.

2. Rechtsprechung

Das Bundesgericht nannte zwei Personen, die alle Aktien einer Gesellschaft besaßen und daher alle Geschäfte der Gesellschaft selbst und allein führen konnten, "administrateurs camouflés" (10).

In zwei älteren Entscheiden erachtet das Bundesgericht "Personen, welche die Mitglieder der statutarischen Verwaltung, die Direktoren oder die Bevollmächtigten als Strohmänner benützen und so die Aktiengesellschaft tatsächlich leiten" (11) als tatsächlich leitende Verwaltungsgane (12).

6) Gehriger 91ff.

7) Gehriger 101.

8) Gehriger 97.

9) Hütte 49.

10) BGE 102 II 359 bzw. der entsprechende Entscheid Pr 66(1977)Nr. 66 spricht von verdeckten Verwaltungsräten; vgl. auch den Entscheid des Appellationshofes des Kantons Bern, III. Zivilkammer, vom 23. März 1981.

11) BGE 78 IV 28.

12) BGE 97 IV 10; vgl. dagegen im deutschen Aktienrecht: Nach KölnerKomm N 7 zu § 93 AktG gilt folgendes: Ist die Bestellung zum Vorstandsmitglied durch den Aufsichtsrat mangelhaft oder nichtig, übt aber das bestellte Vorstandsmitglied tatsächlich Funktionen eines Vorstandsmitgliedes aus, so kann eine Haftung nach § 93 AktG eintreten. Liegt dagegen gar kein Bestellungsakt vor - bzw. ist dieser unwirksam - kann jemand gar nicht als faktisches Vorstandsmitglied betrachtet werden. Die Haftung nach § 93 AktG kann daher nicht schon dadurch begründet werden, dass Leitungs- und Ueberwachungsfunktionen ausgeübt werden, wie sie normalerweise den Vorstandsmitgliedern obliegen.

II. Wesensmerkmale

Das verdeckte Verwaltungsratsmitglied zeichnet sich nach Literatur und Rechtsprechung vor allem dadurch aus, dass es trotz fehlender formeller Wahl Organfunktion ausübt (13). Das verdeckte Verwaltungsratsmitglied ist damit das Gegenstück zum Verwaltungsratsmitglied gemäss Gesetz (14). Die Voraussetzungen für die Stellung als verdecktes Verwaltungsratsmitglied lassen sich somit von denjenigen des Verwaltungsratsmitgliedes gemäss Gesetz ableiten. Das verdeckte Verwaltungsratsmitglied wurde weder durch eine Wahl mit Aufgaben der Verwaltung und/oder der Geschäftsführung betraut noch wird es im Handelsregister als Mitglied der Verwaltung eingetragen. In Anlehnung an die Organstellung im materiellen Sinn (15) lässt sich das verdeckte Verwaltungsratsmitglied wie folgt definieren:

III. Definition

Wer sich weder formell wählen lässt noch im Handelsregister als Mitglied der Verwaltung eingetragen ist, aber aus einer organtypischen Stellung heraus tatsächlich und in entscheidender Weise die Verwaltung ausübt oder daran teilhat, ist verdecktes Verwaltungsratsmitglied (16).

13) Gehrig 15.

14) Vgl. die schematische Uebersicht vorn § 4.

15) Vgl. vorn § 1 V.

16) Vgl. Meier-Wehrli 21f; Forstmoser, Verantwortlichkeit N 490.

IV. Direkte oder indirekte Einflussnahme

Das verdeckte Verwaltungsratsmitglied kann selbständig oder durch Dritte tatsächlich und in entscheidender Weise die Verwaltung ausüben oder daran teilhaben. In der Regel wird das verdeckte Verwaltungsratsmitglied seinen Einfluss über weisungsabhängige Dritte ausüben. Diese vorgeschobenen Dritten - bekannt als "fiduziarische Verwaltungsräte" oder "Strohänner" (17) - sind normalerweise Verwaltungsratsmitglieder gemäss Gesetz (18) und unterstehen damit vollumfänglich der strengen aktienrechtlichen Verantwortlichkeit (19).

Als in der Praxis häufig auftretende Beispiele für verdeckte Verwaltungsratsmitglieder im Zusammenhang mit vorgeschobenen Dritten (sog. fiduziarischen Verwaltungsräten) seien erwähnt:

- Hintermänner (20) und
- Allein- oder Hauptaktionäre (21).

Als verdeckte Verwaltungsratsmitglieder mit direkter Einflussmöglichkeit auf die Geschicke einer Gesellschaft können z.B. gelten:

17) Vgl. vorn § 2 II. Anm 4.

18) Vgl. vorn § 5.

19) Vgl. Forstmoser, Verantwortlichkeit N 487 und dort Anm 848f mit Hinweisen auf Literatur und Rechtsprechung.

20) Vgl. vorn § 2 II. Anm 7; ferner Albers-Schönberg 41 zur Verantwortlichkeit des Hintermannes.

21) Vgl. vorn § 2 II. Anm 8 und ZSR 1971 I 305f; vgl. auch Günter Woernle: Die organähnliche Haftung des machtausübenden Hauptaktionärs gegenüber Gläubigern der abhängigen Aktiengesellschaft, Diss. Lausanne 1970; Albers-Schönberg 41 zur Haftung des Hauptaktionärs; Andreas von Planta: Die Haftung des Hauptaktionärs, Diss. Basel 1981; von Greyerz, Privatrecht 291; Werner von Steiger. Ueber die Verantwortung des Hauptaktionärs, in: IUS ET LEX, Festgabe Max Gutzwiller, Basel 1959, S. 699-710.

- Lieferanten (22);
- Kreditgeber (23);
- Berater (24).

22) Hütte 49

23) Hütte 49.

24) BGE 107 II 349ff; vgl. zur Terminologie verdeckter und stiller Verwaltungsratsmitglieder die Definitionen unter § 6 III. resp. § 8 II.

§ 7 Verwaltungsratsmitglied infolge Kundgabe

I. Uebersicht

Der schematischen Uebersicht (1) ist zu entnehmen, dass das Verwaltungsratsmitglied infolge Kundgabe sowohl Elemente des Verwaltungsratsmitgliedes gemäss Gesetz als auch solche des verdeckten bzw. des stillen Verwaltungsratsmitgliedes auf sich vereinigt.

II. Abgrenzungen

Für das Verwaltungsratsmitglied infolge Kundgabe ist es nicht entscheidend, ob es ein gewähltes oder nicht gewähltes Mitglied der Verwaltung ist, sondern es kommt einzig und allein darauf an, ob aufgrund einer individuellen Mitteilung oder eines konkludenten Verhaltens nach aussen eine Stellung als Verwaltungsratsmitglied kundgetan wurde. Handelt es sich beim Verwaltungsratsmitglied infolge Kundgabe um ein gewähltes Mitglied, so besteht eine Uebereinstimmung sowohl mit dem VR gemäss Gesetz wie auch mit dem stillen Verwaltungsratsmitglied (2). Gehen wir dagegen beim Verwaltungsratsmitglied infolge Kundgabe von einem nicht gewählten Mitglied aus, so deckt sich seine Stellung diesbezüglich mit derjenigen eines verdeckten Verwaltungsratsmitgliedes. In der Folge grenzt sich aber das Verwaltungsratsmitglied infolge Kundgabe vom verdeckten Verwaltungsratsmitglied ab, indem sich jenes nach aussen als Mitglied der Verwaltung ausgibt, was dieses gerade verhindern will.

1) Vgl. vorn § 4.

2) Vgl. zur Definition des stillen Verwaltungsratsmitgliedes hinten § 8 II.; vgl. auch hinten § 20 III.

III. Definition

Wer sich als gewähltes oder nicht gewähltes Mitglied der Verwaltung durch individuelle Mitteilung oder konkludentes Verhalten nach aussen als Verwaltungsmitglied kundtut, ist Verwaltungsratsmitglied infolge Kundgabe (3).

IV. Abstellen auf die Kundgabe

Der in einer Gesellschaft ausgeübten und nach aussen kundgegebenen Funktion ist nach Forstmoser (4) das Vertrauensprinzip (5) zugrunde zu legen, d.h. die Organeigenschaft einer Person ist dann anzunehmen, wenn der "Dritte als vernünftiger und korrekter Partner in guten Treuen vom Vorliegen einer Organstellung ausgehen durfte". Demnach würde die Bekanntgabe als "Verwaltungsratsmitglied" an einen beliebigen Dritten zweifellos eine Organstellung begründen, da der Dritte bei einer solchen Erklärung in guten Treuen davon ausgehen darf, die betreffende Person sei tatsächlich eine mit der Verwaltung betraute Person und sei demzufolge massgebend an der Verwaltung und/oder Geschäftsführung beteiligt.

Zu beachten ist, dass die Kundgabe einer Stellung als Verwaltungsratsmitglied sowohl der Gesellschaft wie auch dem Verwaltungsratsmitglied infolge Kundgabe anzurechnen sein müssen. Dies ist nur dann der Fall, wenn die Kundgabe mit Wissen der Gesellschaft und des Betroffenen erfolgte (6).

3) Vgl. vorn § 4.

4) Forstmoser, Organbegriff 135.

5) Vgl. zum Vertrauensprinzip als Auslegungsregel für Willenserklärungen: Gauch/Schluep/Jäggi, Bd.I, N 187ff.

6) Forstmoser, Organbegriff 135.

V. Begründung der Unterstellung unter die aktienrechtliche Verantwortlichkeit

Das gewählte oder nicht gewählte Verwaltungsratsmitglied, das nach aussen in irgendeiner Form den Anschein eines Mitgliedes der Verwaltung erweckt, muss sich beim erweckten Anschein behaften lassen (7) und fällt daher ebenfalls unter die Bestimmungen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit. Die Art und Weise der Kundgabe bestimmt aber den Kreis der Anspruchsberechtigten.

Erfolgt die Kundgabe der Organstellung durch Handelsregistereintrag und Publikation, liegt ein "Verwaltungs-ratsmitglied gemäss Gesetz" vor. Die Haftung leitet sich daher aus dem Vertrauensschutz ab (8). In diesem Fall wirkt der Vertrauensschutz gegenüber jedermann (9).

Erfolgt dagegen die Kundgabe nur an einen bestimmten Dritten, sei es durch individuelle Mitteilung oder durch konkludentes Verhalten, so ist nur dieser einzelne in seinem berechtigten Vertrauen auf die kundgetane Organstellung zu schützen (10). Bei der Bekanntgabe auf anderem Weg als durch Handelsregistereintrag und Publikation versagt also die Wirkung des positiven Publizitätsprinzips (11), und der Vertrauensschutz muss aus den konkreten Umständen des Einzelfalles abgeleitet werden (12).

7) Analog dem Stellvertretungsrecht OR 32ff; vgl. zur Rechtsschein-, Duldungs- und Anscheinsvollmacht die Ausführungen bei Gauch/Schluep/Jäggi, Bd. I, N 1026ff, bes. N 1040ff.

8) Vgl. vorn § 5 III.

9) Vgl. vorn § 5 III. Anm 15.

10) Vgl. Forstmoser, Organbegriff 130f und 133f.

11) OR 933 I.

12) Vgl. Forstmoser, Organbegriff 135; vgl. ferner die unterschiedliche Regelung der Vertretungsbefugnis beim Stellvertretungsrecht nach OR 33, beim Prokuristen nach OR 459 und bei der Aktiengesellschaft nach OR 718.

§ 8 Stilles Verwaltungsratsmitglied

I. Literatur und Rechtsprechung

Die Hinweise in der Literatur und Judikatur zur Stellung des stillen Verwaltungsratsmitgliedes sind spärlich. Für die Einordnung des stillen Verwaltungsratsmitgliedes wird in der Regel auf die faktische Organeigenschaft bzw. auf den materiellen Organbegriff zurückgegriffen; wobei aber die Terminologie zum stillen Verwaltungsratsmitglied sowohl in der Literatur als auch in der Rechtsprechung uneinheitlich ist.

Nachfolgend sind die Meinungen in der Literatur und Judikatur zum stillen Verwaltungsratsmitglied zu orten; seine Stellung gegenüber anderen abzugrenzen und begrifflich zu fassen:

1. Literatur

F. von Steiger spricht von "Verwaltungsräten, die nicht im Handelsregister eingetragen sind" (1). An der gleichen Stelle bezeichnet von Steiger den nicht eingetragenen, aber rechtmässig von der Generalversammlung gewählten Verwaltungsrat als "ordnungsgemässes Mitglied der Verwaltung".

Nach von Greyerz (2) ist das stille Verwaltungsratsmitglied das Gegenteil des Suppleanten (3): Das stille

1) F. von Steiger, Handelsregister 49ff, insbeso. 51.

2) Von Greyerz, PrivatAG 67.

3) Der Suppleant ist von der Generalversammlung als Stellvertreter eines Verwaltungsratsmitgliedes gewählt und nimmt an den Verwaltungsratssitzungen bloss bei Verhinderung des eigentlichen Mitgliedes teil. Der Suppleant ist als solcher im Handelsregister einzutragen; vgl. dazu auch von Greyerz, PrivatAG 67.

Verwaltungsratsmitglied ist von "der Generalversammlung gewählt und nimmt an allen Sitzungen teil, ist indessen nicht im Handelsregister eingetragen". Entscheidend sei die Wahl durch die Generalversammlung, weshalb auch das nicht eingetragene Verwaltungsratsmitglied "ordnungsgemäss Mitglied der Verwaltung" sei (4).

Nach Forstmoser (5) ist stiller Verwaltungsrat, wer "zwar als Verwaltungsrat gewählt, aber nicht als solcher eingetragen und publiziert worden ist".

In der Botschaft über die Revision des Aktienrechts (6) wird das stille Verwaltungsratsmitglied fälschlicherweise dem faktischen Organ zugeordnet (7).

2. Rechtsprechung

Den Begriff des "stillen Verwaltungsrates" erwähnte das Bundesgericht bisher lediglich in BGE 107 II 349ff. Das Bundesgericht spricht in diesem Entscheid von sogenannten "stillen Verwaltungsräten", obwohl den betreffenden Personen diese Stellung nicht durch die Wahl der Generalversammlung zukam, sondern ihr Recht "zur stillen Einsitznahme in den Verwaltungsrat" beruhte auf einem Beratervertrag mit der Gesellschaft (8).

4) Von Greyerz, Privatrecht 202.

5) Forstmoser, Verantwortlichkeit N 488f.

6) Botschaft (1983) 191; so auch Schmid 247.

7) Die faktische Organstellung zeichnet sich u.a. dadurch aus, dass eine formelle Wahl durch die Generalversammlung fehlt; vgl. dazu ausführlich vorn § 1 VI. in Verbindung mit § 1 V. Dagegen setzt die Stellung als stilles VR eine Wahl voraus; dazu hinten § 8 II.

8) Vgl. dazu Homburger 161.

Nach der hier verwendeten Terminologie sprechen wir bei Personen, die sich nicht in den Verwaltungsrat wählen lassen, die aber effektiv die Verwaltung ausüben oder daran teilhaben, von "verdeckten Verwaltungsratsmitgliedern" (9). Demnach umschreibt das Bundesgericht im erwähnten Entscheid als "stilles Verwaltungsratsmitglied", was in dieser Arbeit als "verdecktes Verwaltungsratsmitglied" bezeichnet wird.

In einem Urteil des St. Gallischen Handelsgerichts vom 25. März 1983 (10) bezeichnete der Beklagte die Klägerin (eine Einmann-AG) zugleich als stilles und verdecktes Verwaltungsratsmitglied, weil sie die Verwaltung und Geschäftsführung einer "DrittAG" - deren Aktien sich zu 100% in den Händen der Klägerin befanden - faktisch übernommen habe (11).

Zu diesem Urteil ist folgendes zu sagen:
Die Klägerin - eine Einmann-AG und somit eine juristische Person - wird als stilles und verdecktes Verwaltungsratsmitglied bezeichnet. Nach OR 707 III kann aber eine juristische Person als solche nicht als Mitglieder der Verwaltung gewählt werden. Dagegen können an ihrer Stelle ihre Vertreter gewählt werden.

Obwohl es nicht das Ziel der vorliegenden Arbeit ist, die Organhaftung juristischer Personen zu untersuchen, sei an dieser Stelle dennoch die Frage erlaubt, ob eine juristische Person nicht der aktienrechtlichen Haftung unterstellt werden könnte, wenn sie eine Einmann-AG darstellt (12).

9) Vgl. die Definition vorn § 6 III.

10) Publiziert in: St. Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis (GVP) 1983, S. 110-112, Nr. 45; vgl. die Besprechung zu diesem Urteil in SAG 1986/38ff von Peter Merz und Walter Sticher.

11) Vgl. SAG 1986/38.

12) Vgl. SAG 1986/39f; vgl. auch die Literaturhinweise zur Organhaftung juristischer Personen unter § 2 II. Anm 10.

Im Zusammenhang mit dem St. Galler Urteil interessiert uns aber vor allem die Bezeichnung der Klägerin sowohl als stilles wie auch als verdecktes Verwaltungsratsmitglied. Nach der hier vertretenen Terminologie kann ein und dieselbe Person (13) nicht zugleich die Voraussetzungen eines stillen und die eines verdeckten Verwaltungsratsmitgliedes erfüllen (14).

3. Zusammenfassung

Obwohl sich die Literatur und Rechtsprechung mit der Einordnung des stillen Verwaltungsratsmitgliedes schwer tut, zeichnet sich das stille Verwaltungsratsmitglied stets positiv durch das Vorliegen einer formellen Wahl durch die Generalversammlung und negativ durch den fehlenden Eintrag dieser Tatsache im Handelsregister aus (15).

II. Definition

Wer zwar als Verwaltungsratsmitglied durch die Generalversammlung formell gewählt, aber nicht als solches im Handelsregister eingetragen und publiziert worden ist, fällt unter den Begriff des "stillen Verwaltungsratsmitgliedes" (16).

13) Ohne Berücksichtigung der juristischen Person in der Form der Einmann-AG.

14) Vgl. dazu die Definitionen des verdeckten Verwaltungsratsmitgliedes vorn unter § 6 III. bzw. des stillen Verwaltungsratsmitgliedes hinten § 8 II.

15) In Anlehnung an Forstmoser, Verantwortlichkeit N 489.

16) Vgl. Forstmoser, Verantwortlichkeit N 489.

III. Abgrenzungen

Wie das Verwaltungsratsmitglied infolge Kundgabe ist auch das stille Verwaltungsratsmitglied zwischen dem verdeckten Verwaltungsratsmitglied und dem Verwaltungsratsmitglied gemäss Gesetz eingebettet (17).

Mit dem Verwaltungsratsmitglied gemäss Gesetz stimmt die formelle Wahl überein; dagegen ist eine Abweichung beim Handelsregistereintrag festzustellen (18).

Der mangelnde Handelsregistereintrag beim stillen Verwaltungsratsmitglied deckt sich mit der Stellung des verdeckten Verwaltungsratsmitgliedes, das stille Verwaltungsratsmitglied grenzt sich aber vom verdeckten Verwaltungsratsmitglied ab, indem sich jenes - entgegen diesem - formell wählen lässt.

Vergleichen wir das stille Verwaltungsratsmitglied mit demjenigen infolge Kundgabe, so stellen wir fest, dass jenes - im Gegensatz zu diesem - nach aussen nicht in Erscheinung treten will; andererseits stimmen sie aber insofern überein, als das stille Verwaltungsratsmitglied durchaus eine Vorstufe zum Verwaltungsratsmitglied infolge Kundgabe sein kann.

IV. Deklaratorische Wirkung des Handelsregistereintrages

1. Wahl des stillen Verwaltungsratsmitgliedes

Der Verwaltungsrat wird von Gesetzes wegen von der Generalversammlung der Aktionäre gewählt (19). Neben der ordnungsgemässen Wahl zum Mitglied der Verwaltung

17) Vgl. die schematische Uebersicht vorn § 4.

18) Vgl. vorn § 5 II.

19) OR 698 II Ziff. 2 und 708 I; vgl. aber auch die Ausnahme nach OR 762.

ist aber noch die Annahme des Mandates durch den Gewählten erforderlich (20).

Diese für die ordnungsgemässe Wahl eines Verwaltungsratsmitgliedes gemäss Gesetz geltenden Voraussetzungen haben auch uneingeschränkte Gültigkeit für die Wahl eines stillen Verwaltungsratsmitgliedes.

2. Eintragungspflicht

Das Aktienrecht schreibt vor, dass die Namen der Verwaltungsratsmitglieder und der zur Vertretung berufenen Personen unter Angabe des Wohn- und Heimortes im Handelsregister einzutragen sind (21). Die Anmeldung muss durch die Verwaltung vorgenommen werden (22). Grundsätzlich steht es einer Aktiengesellschaft also nicht frei, nur einen Teil ihrer Verwaltungsratsmitglieder anzumelden (23).

Erfährt der Handelsregisterführer von der Existenz eines stillen Verwaltungsratsmitgliedes, so muss er in Anwendung von OR 941 und 943 sowie HRV 60 den oder die Anmeldepflichtigen zur Erfüllung der Anmeldepflicht anhalten und nötigenfalls seiner Aufsichtsbehörde die

20) BGE 105 II 130; vgl. ferner F. von Steiger, Aktienrecht 223f, wonach die Annahme des Mandates auch durch eine konkludente Handlung (z.B. Unterzeichnung der Handelsregisteranmeldung oder Erscheinen in den Verwaltungsratssitzungen) erfolgen kann.

21) OR 641 Ziff. 8 und HRV 40; für Ausländer tritt anstelle des Heimortes die Staatszugehörigkeit.

22) Forstmoser, Aktienrecht § 11 N 12.

23) F. von Steiger, Aktienrecht 224.

Anordnung der Eintragung von Amtes wegen beantragen. Mit der Vornahme von Amtes wegen kann eine Ordnungsbusse ausgefällt werden (24).

3. Deklaratorische Wirkung

Die Konstruktion des stillen Verwaltungsratsmitgliedes ist nur möglich, weil die Eintragung im Handelsregister nicht Bedingung für die Rechtsgültigkeit der Bestellung als Mitglied der Verwaltung ist (25). Dem Eintrag im Handelsregister kommt nur deklaratorische Bedeutung zu (26), d.h. die eingetragenen Tatsachen sind unabhängig vom Eintrag bereits rechtswirksam; ein bereits bestehendes Rechtsverhältnis oder eine bereits begründete Rechtsfolge werden nur noch festgehalten (27).

- 24) F. von Steiger, Aktienrecht 224; vgl. dagegen § 14 HGB, der gegen Fehlbare ein Zwangsgeld (Beugemittel) vorsieht: "Wer seiner Pflicht zur Anmeldung, zur Zeichnung der Unterschrift oder zur Einreichung von Schriftstücken zum Handelsregister nicht nachkommt, ist hiezu von dem Registergericht durch Festsetzung von Zwangsgeld anzuhalten. Das einzelne Zwangsgeld darf den Betrag von zehntausend Deutsche Mark nicht übersteigen"; vgl. hiezu Komm-Staub N 1ff zu § 14 HGB und Komm-AktG N 16 zu § 81 zur Anmeldepflicht als öffentlich-rechtliche Verpflichtung der Vorstandsmitglieder.
- 25) F. von Steiger, Handelsregister 51; Bürgi N 23 zu OR 708; Forstmoser, Aktienrecht § 11 N 32, ebenso im deutschen Aktienrecht für die Mitglieder des Vorstandes; vgl. dazu Komm-AktG N 17 zu § 81; KölnerKomm N 2 zu § 81 AktG; Godin/Wilhelmi Anm 2 zu § 81 AktG; Henn 166; Heidenhain/Meister 579 Anm 3; vgl. ferner Gauch 142 zur deklaratorischen Wirkung des Handelsregistereintrages.
- 26) Nach Gauch 142 besteht die deklaratorische Wirkung darin, dass die im Handelsregister eingetragenen Sachverhalte sowie der Umstand, dass sie eingetragen sind, dem Publikum "dauernd kundgegeben ("deklariert") werden".
- 27) Funk 466 zu OR 933; Guhl/Merz/Kummer 782.

Es kann daher durchaus der Fall eintreten, dass eine Person zwar die Wahl zum Verwaltungsratsmitglied annimmt, die Gesellschaft aber das gewählte Mitglied anschliessend im Handelsregister nicht eintragen lässt. Ob jemand Mitglied der Verwaltung ist, hängt also von der Ordnungsmässigkeit der Bestellung ab (28).

V. Mögliche Motive für die Tätigkeit als stilles Verwaltungsratsmitglied

1. Interessenlage

Dass die Praxis wenig Anschauungsunterricht für die Stellung des stillen Verwaltungsratsmitgliedes bietet, liegt wohl in der Natur der Sache. Das stille Verwaltungsratsmitglied will eben seine spezifische Stellung und Funktion nach aussen nicht kundtun.

Die Gründe für dieses Verhalten sind m.E. weniger in rechtlichen als in wirtschaftlichen Umständen zu suchen. Die Figur des stillen Verwaltungsratsmitgliedes wird nicht primär zur Umgehung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsbestimmungen geschaffen, sondern m.E. vielmehr deshalb, um bei bestimmten wirtschaftlichen Verhältnissen kontraproduktive Publizität zu vermeiden (29).

28) Es ist aber zu beachten, dass jemand auch ohne ordnungsgemässe Wahl Verwaltungsratsmitglied sein kann; z.B. einem Dritten, der sich auf die Eintragung und Veröffentlichung eines Verwaltungsratsmitgliedes im Handelsregister beruft, kann von der Gesellschaft nicht entgegengehalten werden, dass keine rechtsgültige Bestellung vorliege; diesem Einwand steht m.E. der Gutglaubensschutz des Handelsregisters entgegen; vgl. zum umstrittenen Gutglaubensschutz des Handelsregisters: Gauch 148f mit Hinweisen auf Literatur und Rechtsprechung und S. 150, wonach die negative Publizitätswirkung von OR 933 II "mittelbar zur Folge hat, dass auch gutgläubige Dritte geschützt werden, die auf den Bestand eines eingetragenen Sachverhaltes (...) vertrauen, der in Wirklichkeit nicht besteht"; ähnlich Funk N 1 zu OR 933; vgl. ferner BGE 104 Ib 322.

29) Nach F. von Steiger, Handelsregister 51 handelt es sich bei stillen Verwaltungsratsmitgliedern regelmässig um nicht unterschreibungsberechtigte Personen, weil die Gesellschaft an der Bekanntgabe der vertretungsbefugten Personen ein zu grosses Interesse hat, als dass sie es wagen würde, dies auch zu verschweigen.

Die Publizität erfüllt aber eine bedeutende Schutzfunktion für die Gläubiger (30). Der Handelsregistereintrag bringt den Gläubigern und darüber hinaus jedem Interessierten die Verantwortlichkeitsordnung einer Gesellschaft in klarer Weise zur Kenntnis (31).

Der fehlende Handelsregistereintrag dürfte in aller Regel kaum im Interesse der Gesellschaft, viel eher im Interesse des stillen Verwaltungsratsmitgliedes liegen. Es sind in der Praxis aber durchaus Konstellationen denkbar, bei denen die Gesellschaft bzw. die Mitverwaltungsräte die Existenz eines stillen Verwaltungsratsmitgliedes akzeptieren.

Beispiele:

- Eine Person nimmt bei einer in Vorbereitung stehenden Fusion zweier Gesellschaften in die zu übernehmende Gesellschaft Einsitz als stilles Verwaltungsratsmitglied;
- Stille Verwaltungsratsmitglieder im Zusammenhang mit anderen Gesellschaften bzw. in Konzernverhältnissen, insbesondere im Bereich finanzieller Beteiligungen und den damit zusammenhängenden Informationsbedürfnissen sowie bei "Beratungen";

Es ist also durchaus möglich, dass die Interessen des stillen Verwaltungsratsmitgliedes mit den Interessen der Gesellschaft bzw. den Mitverwaltungsräten parallel laufen. Dies dürfte vor allem dann der Fall sein, wenn die Interessenlage bloss einen zeitlich begrenzten Ein-

30) Wiedemann 573ff zum Gläubigerschutz durch Publizität.

31) Vgl. BGE 108 II 129 = Pr 71(1982)Nr.239.

satz des stillen Verwaltungsratsmitgliedes erfordert, quasi als Zwischenstufe zum Verwaltungsratsmitglied gemäss Gesetz. Denn beim Tatbestand des stillen Verwaltungsratsmitgliedes steht m.E. nicht die Umgehung der Haftung im Vordergrund, sondern das ganz persönliche Interesse der Beteiligten an der Geheimhaltung nach aussen, sei dies nun vorübergehend oder dauernd.

Die Konstruktion des stillen Verwaltungsratsmitgliedes setzt aber nicht unbedingt ein gegenseitiges Einverständnis der Beteiligten voraus. Es sind auch Konstellationen denkbar, bei denen es einer natürlichen oder juristischen Person gelingt, ihren Einfluss auf die betreffende Gesellschaft gezielt auf die blosser Einsitznahme als stilles Verwaltungsratsmitglied geltend zu machen (32). Diese Möglichkeit zur Einflussnahme auf die Zusammensetzung der Verwaltung einer Gesellschaft kann auf sachlichen Beziehungen (z.B. Aktienbesitz, Machtstellung als Kreditgeber, Lieferant, Abnehmer, Gewerkschaftsinteressen oder sonstige geschäftliche Beziehungen) oder aber auch auf persönlichen Beziehungen (Verwandtschaft, Bekanntschaft, Freundschaft) beruhen.

2. Im Verhältnis zum verdeckten Verwaltungsratsmitglied

Die Ausgangslage zur Einflussnahme auf die Willensbildung einer Gesellschaft kann für das stillen und verdeckten Verwaltungsratsmitglied durchaus die gleiche sein. Das verdeckte Verwaltungsratsmitglied übt seinen Einfluss aus dem Hintergrund aus; es begnügt sich, die Fäden des Geschehens in der Hand zu halten. Das stille

32) Das künftige VR-mitglied kann sich auch "nur" als stilles Verwaltungsratsmitglied wählen lassen, obwohl dieses Vorgehen der Ordnungsvorschrift von OR 641 Ziff. 8 widerspricht; vgl. dazu auch hinten § 11 Anm 48.

Verwaltungsratsmitglied dagegen geht weiter und lässt sich seine Möglichkeit zur Einflussnahme formell absegnen. Damit dürfte aber sowohl das stille wie auch das verdeckte Verwaltungsratsmitglied auf dem Boden des Aktienrechts stehen. Nur den Grenzübertritt von der schuldvertraglichen zur organschaftlichen Einflussnahme auf die Willensbildung der Gesellschaft vollziehen das stille und das verdeckte Verwaltungsratsmitglied unterschiedlich. Bildlich gesprochen, überschreiten zwar beide die Grenze bei Nacht - und damit möglichst unerkannt - das verdeckte bedient sich dabei der "grünen Grenze", das stille dagegen passiert an offizieller Stelle, was ihm einen ordnungsgemässen Einreisestempel beschert.

VI. Problematik stiller Verwaltungsratsmitglieder

Bei der Existenz stiller Verwaltungsratsmitglieder erhebt sich die Frage nach ihrer Stellung im gesellschaftsinternen und -externen Verhältnis.

Die nach aussen geheimehaltene Tätigkeit stiller Verwaltungsratsmitglieder führt nämlich zu einer Aufspaltung der Erkennbarkeit stiller Verwaltungsräte als Mitglieder der Verwaltung. Durch die Wahl der Generalversammlung ist das stille Verwaltungsratsmitglied stets für die Gesellschaft und ihre Aktionäre - also gesellschaftsintern - als Mitglied der Verwaltung bekannt. Im gesellschaftsexternen Bereich dagegen ist die Tätigkeit eines gewählten, aber im Handelsregister nicht eingetragenen Verwaltungsratsmitgliedes nicht

ohne weiteres erkennbar (33). Die Gesellschaftsgläubiger sind insofern gegenüber der Gesellschaft und den Aktionären benachteiligt.

Neben der unterschiedlichen Erkennbarkeit des stillen Verwaltungsratsmitgliedes im gesellschaftsinternen und -externen Verhältnis interessiert uns aber vor allem seine Stellung als Organ im Zusammenhang mit der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit. Kommt dem stillen Verwaltungsratsmitglied gesellschaftsintern und -extern uneingeschränkte Verantwortlichkeit zu oder ist zwischen einer Organstellung im Innen- und Außenverhältnis zu unterscheiden ?

Das nachfolgende Kapitel ist der Klärung dieser Fragen gewidmet.

33) Vgl. die negative Publizitätswirkung in OR 933 II: "Wurde eine Tatsache, deren Eintragung vorgeschrieben ist, nicht eingetragen, so kann sie einem Dritten nur entgegengehalten werden, wenn bewiesen wird, dass sie diesem bekannt war"; vgl. dazu Gauch 149f; Funk N 1ff zu OR 933; F. von Steiger, Aktienrecht 224; vgl. ferner die negative Publizitätswirkung in § 15 I HGB, die OR 933 II entspricht; hiezu Komm-Staub N 14ff zu § 15 HBG; von Greyerz, PrivatAG 67 spricht bei stillen Verwaltungsratsmitgliedern von "Geheimräten", die sich vor den "Verantwortlichkeitsklagen der Gläubiger verbergen und schützen können"; diese Meinung trifft m.E. nur auf die Geltendmachung des unmittelbaren Gläubigerschadens zu. Die Gläubigeransprüche aus mittelbarer Schädigung können nur im Konkurs der Gesellschaft geltend gemacht werden (OR 755-758); befindet sich aber die Gesellschaft im Konkurs haben auch die Gesellschaftsgläubiger Einblick in die Konkursunterlagen und damit auch in die tatsächliche Zusammensetzung der Verwaltung; vgl. dazu hinten § 11 und § 16 IV.

Drittes Kapitel:

DAS STILLE VERWALTUNGSRATSMITGLIED IM GESELLSCHAFTSINTERNEN UND -EXTERNEN VERHAELTNIS

§ 9 Einleitung

Im folgenden wollen wir einerseits das gesellschaftsinterne Verhältnis betrachten, d.h. die Beziehungen zwischen dem stillen Verwaltungsratsmitglied und der Gesellschaft, den Aktionären sowie den Mitverwaltungsräten; andererseits aber auch das wohl interessantere gesellschaftsexterne Verhältnis zwischen dem stillen Verwaltungsratsmitglied und den Gesellschaftsgläubigern.

Beim gesellschaftsinternen Verhältnis (§ 10) interessiert vor allem der Umfang der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit des stillen Verwaltungsratsmitgliedes. Haftet das stille Verwaltungsratsmitglied intern unbeschränkt, weil es analog dem Verwaltungsratsmitglied gemäss Gesetz eine mit der Verwaltung betraute Person im Sinn von OR 754 I ist oder lassen sich vertretbare Argumente finden, die eine beschränkte Verantwortlichkeit rechtfertigen würden?

Beim gesellschaftsexternen Verhältnis (§ 11) - der Beziehung zwischen einem stillen Verwaltungsratsmitglied und den Gesellschaftsgläubigern - ist der Schwerpunkt der Betrachtung ein anderer, weil das Betrautsein des stillen Verwaltungsratsmitgliedes mit Aufgaben der Verwaltung nicht publik wird. Zu klären ist daher die Frage, ob sich die Gesellschaftsgläubiger für ihre aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsansprüche auf das formelle Kriterium - nämlich die interne Wahl - berufen können oder ob sich eine Verantwortlichkeit gegenüber den Gesellschaftsgläubigern erst dann

rechtfertigt, wenn das stille Verwaltungsratsmitglied Organfunktion im materiellen Sinn ausübt?

§ 10 Das gesellschaftsinterne Verhältnis

I. Uebersicht

Da der Generalversammlung der Aktionäre die unentziehbare Aufgabe zusteht, die Verwaltung zu wählen (1), werden die Aktionäre in der vorliegenden Arbeit dem gesellschaftsinternen Bereich zugerechnet, dem auch die Gesellschaft und die Verwaltungsratsmitglieder in Form der Verwaltung angehören (2).

Demnach stehen dem stillen Verwaltungsratsmitglied im gesellschaftsinternen Bereich die Gesellschaft selbst, die Aktionäre und die Mitverwaltungsräte gegenüber.

Im folgenden ist die Stellung des stillen Verwaltungsratsmitgliedes innerhalb dieser Personen(gruppen) zu untersuchen. Daraufhin ist zu prüfen, ob das stille Verwaltungsratsmitglied gesellschaftsintern der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit unterstellt werden kann und welches allenfalls der Umfang der Haftung ist.

II. Formelle Organstellung

Organstellung im formellen Sinn setzt für das Verwaltungsratsmitglied eine Wahl durch die Generalversammlung und einen Eintrag im Handelsregister voraus (3). Wahl und Handelsregistereintrag kennzeichnen das Verwaltungsratsmitglied gemäss Gesetz (4).

1) OR 698 II Ziff. 2, 708 I.

2) Davon ist die Organisation des Unternehmens zu trennen. Aktionäre und Gläubiger sind gegenüber der Organisation der Unternehmensleitung "Aussenstehende", d.h. nach Druey 84, dass ihnen bei Verantwortlichkeitsklagen die Einzelheiten der internen Aufgabenverteilung (sachliche Zuständigkeitsordnung) nicht zum "Fallstrick" werden darf, sie sollen nicht zwischen "Stuhl und Bank" fallen.

3) OR 698 II Ziff. 2, 708 I, 641 Ziff. 8 und HRV 40; vgl. auch zur Organstellung im formellen Sinn § 1 IV.

4) Vgl. zur Definition des Verwaltungsratsmitgliedes gemäss Gesetz § 5 II.

Das stille Verwaltungsratsmitglied erfüllt aber nur die Voraussetzung der Wahl durch die Generalversammlung; ein Eintrag seiner Person im Handelsregister fehlt (5). Indem aber das stille Verwaltungsratsmitglied formell gewählt wurde, deckt sich seine Stellung im gesellschaftsinternen Verhältnis mit derjenigen des Verwaltungsratsmitgliedes gemäss Gesetz (6). Beide nehmen insofern eine Organstellung im formellen Sinn ein, als sie formell als Mitglieder der Verwaltung gewählt und damit auch mit Aufgaben der Verwaltung betraut worden sind.

Es scheint daher vertretbar, dass das stille Verwaltungsratsmitglied im gesellschaftsinternen Verhältnis zufolge formeller Organstellung - analog einem Verwaltungsratsmitglied gemäss Gesetz - unter die Bestimmungen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit fällt (7).

Damit bleibt aber zu prüfen, welcher Pflichtenkreis bzw. welcher Haftungsumfang mit der formellen Organstellung des stillen Verwaltungsratsmitgliedes verbunden ist.

III. Pflichten aus formeller Organstellung

1. Im allgemeinen

Die gesetzlichen Pflichten der Verwaltung sind durch OR 722ff festgehalten (8). Ueber allem steht die

5) Vgl. zur Definition des stillen Verwaltungsratsmitgliedes § 8 II.

6) Vgl. zur Abgrenzung der beiden § 8 III.

7) Gleicher Meinung Forstmoser, Verantwortlichkeit N 489; vgl. ferner von Greyerz, PrivatAG 67 und F. von Steiger, Aktienrecht 224 sprechen vom stillen VR als "ordnungsgemässes Mitglied der Verwaltung".

8) Vgl. ausführlich dazu Bürgi zu OR 722ff; Forstmoser/Meier-Hayoz § 24 N 12ff; weitere Pflichten ergeben sich aus den Statuten, Reglementen und Weisungen. Selbstverständlich beinhalten die übertragenen Aufgaben auch ungeschriebene Pflichten.

allgemeine Pflicht, die "Geschäfte der Gesellschaft mit aller Sorgfalt zu leiten" (9).

Die Anwendung aller Sorgfalt erschöpft sich aber nicht in derjenigen Sorgfalt, die in den eigenen Angelegenheiten anzuwenden ist (10). Die allgemeine Sorgfaltspflicht von OR 722 I verlangt vom gewählten Verwaltungsratsmitglied vielmehr die Sorgfalt, die bei der Ausübung seines konkreten Amtes eben notwendig ist (11). Ist das Verwaltungsratsmitglied wegen Unerfahrenheit oder mangels Kenntnis nicht in der Lage, die für die konkrete Amtsführung geforderte Sorgfalt aufzubringen, so wird ihm das Fehlen der erforderlichen Fähigkeiten oder Kenntnisse angelastet (12).

Neben der allgemeinen Sorgfaltspflicht finden sich im Gesetz mehrere spezifisch genannte Pflichten (13), wie etwa die Anzeigepflicht bei Kapitalverlust oder bei Ueberschuldung der Gesellschaft nach OR 725.

- 9) OR 722 I; etwas konkreter § 93 I AktG, wo die Sorgfalt "eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters" gefordert wird; vgl. auch den gesetzlich festgelegten Katalog von Pflichtverletzungen in § 93 III AktG und die bei Forstmoser, Risiko 35 aufgeführten Beispiele aus der schweizerischen Gerichtspraxis zur Pflichtverletzung durch Mitglieder des Verwaltungsrates einer AG.
- 10) Forstmoser, Verantwortlichkeit N 213; es liegt eine Pflichtverletzung vor, wenn das Verwaltungsratsmitglied nicht ein Mass an Sorgfalt anwendet, das über die *diligentia quam in suis* reicht.
- 11) Vgl. Forstmoser/Meier-Hayoz § 24 N 13; nach Forstmoser, Risiko 34 muss das Verwaltungsratsmitglied so handeln, "wie ein sorgfältiger Einzelunternehmer es auch tun würde".
- 12) Eine analoge Anwendung der arbeitsrechtlichen Bestimmungen von OR 321e II (Reduktion des Sorgfaltsmassstabes in Berücksichtigung der Fachkenntnisse) wird allgemein abgelehnt; vgl. dazu Forstmoser, Verantwortlichkeit N 214; mit den Einwänden, er "sei kein ausgebildeter Wirtschaftswissenschaftler" und "keinesfalls der kaufmännische Experte in der Firma", kann sich ein Verwaltungsratsmitglied nicht entlasten; vgl. dazu BGE 109 V 89; ferner NJW 30(1977)II 2299, wo im Zusammenhang mit der Haftung von Aufsichtsratsmitgliedern gefordert wird, dass die erforderliche Sorgfalt einfach zu erfüllen ist; organisatorische Fehlleistungen oder mangelnde Befähigung ist unerheblich.
- 13) Vgl. OR 723-726.

Das Pflichtenheft eines Verwaltungsratsmitgliedes geht aber weit über den im Aktienrecht festgehaltenen Rahmen hinaus (14). Aufgrund der sich ständig steigernden Komplexität der unternehmerischen Tätigkeit nehmen die Pflichten und damit das Haftungsrisiko für Organpersonen zu (15).

- 14) Vgl. dazu die Beispiele bei Hütte 52; man denke aber auch an das Entstehenmüssen des Verwaltungsrates für öffentlich-rechtliche Forderungen und Abgaben; dazu ausführlich Hütte 42-44 und Peter Böckli, Haftung des Verwaltungsrates für Steuern, in: Die Haftung des Verwaltungsrates, Zürich 1986, S. 87-100; nach Forstmoser, Risiko 33 - zur Haftung des Verwaltungsrates für Steuern und Sozialabgaben - fliesst heute das "vielleicht grösste Risiko" für Verwaltungsratsmitglieder aus der öffentlich-rechtlichen Ordnung.
- 15) Ritter 13; beachte aber auch die von Forstmoser, Risiko 34-39 aufgeführten und erläuterten sechs Erfahrungsregeln zur Beschränkung des Haftungsrisikos:
- Handeln wie ein sorgfältiger Einzelunternehmer
 - Die Minderheit leben lassen
 - Das Spiel der AG spielen
 - Sicherstellung einer angemessenen Organisation
 - Einhalten der Formalien
 - Ueberprüfung der Erfüllung öffentlich-rechtlicher Abgabe- und Beitragsforderungen; ergänzend dazu Hütte 51f; nach Zellweger 30 muss der "tatsächlichen Unmöglichkeit einer Gesamtüberwachung durch jedes Verwaltungsratsmitglied" Rechnung getragen werden.

Mit der Wahl und der Annahme zum (stillen) Mitglied der Verwaltung wird überdies eine Treue- und Geheimhaltungspflicht begründet (16).

2. In bezug auf das stille Verwaltungsratsmitglied

Wie erwähnt kommt dem stillen Verwaltungsratsmitglied gesellschaftsintern formelle Organeigenschaft zu. Damit wird das Pflichtenheft des stillen Verwaltungsratsmitgliedes grundsätzlich durch das Gesetz festgelegt. Das stille Verwaltungsratsmitglied hat die ihm übertragenen Aufgaben der Verwaltung und/oder der Geschäftsführung analog einem Verwaltungsratsmitglied gemäss Gesetz mit aller Sorgfalt zu erfüllen. Konkret bedeutet das für das stille Verwaltungsratsmitglied, dass sich das Mass der von ihm anzuwendenden Sorgfalt ebenfalls nach dem auf ihn übertragenen Pflichtenkreis richtet. Der Sorgfaltsmassstab ist somit nach dem Einzelfall zu beurteilen und daher auch für das stille Verwaltungsratsmitglied von unterschiedlicher Strenge.

IV. Umfang der Verantwortlichkeit gegenüber der Gesellschaft und den Aktionären

Der Umfang der Verantwortlichkeit steht im Zusammenhang mit dem Ausmass der Pflichten, die ein Verwaltungsratsmitglied zu erfüllen hat (17). Jede Pflicht bringt auch Verantwortung. Daher wird jedes in formel-

16) Forstmoser/Meier-Hayoz § 24 N 13; im geltenden Aktienrecht ist die Treue- und Geheimhaltungspflicht des Verwaltungsrates nicht verankert; vgl. dagegen EArt. 717 OR des revidierten Aktienrechts; zur Geheimhaltungspflicht des Verwaltungsrates vgl. BGE 80 IV 30, 64 II 172 betr. Arbeitsvertragsrecht; § 93 I AktG erwähnt die Geheimhaltungspflicht ausdrücklich für Vorstandsmitglieder; ferner Anton Thalmann: Die Treuepflicht der Verwaltung der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1975; Schulthess 52 f.

17) Meier-Wehrli 28; vgl. zur Berücksichtigung des Umfangs der Geschäftstätigkeit: Forstmoser, Verantwortlichkeit N 210-212.

ler Organstellung tätige Verwaltungsratsmitglied für jede Verletzung der ihm obliegenden Pflichten verantwortlich, sofern die übrigen Voraussetzungen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit (18) erfüllt sind (19). Dies muss auch für das gesellschaftsintern in formeller Organstellung tätige stille Verwaltungsratsmitglied gelten. Es sind m.E. keine Gründe auszumachen, die es rechtfertigen würden, das stille Verwaltungsratsmitglied gesellschaftsintern in den Genuss einer beschränkten aktienrechtlichen Verantwortlichkeit kommen zu lassen. Das stille Verwaltungsratsmitglied sitzt mit dem Verwaltungsratsmitglied gemäss Gesetz gesellschaftsintern im gleichen Boot. Beide sind sie eine im Sinn von OR 754 I mit der Verwaltung betraute Person, die der entsprechenden unbeschränkten aktienrechtlichen Verantwortlichkeit untersteht. Denn gegenüber der Gesellschaft und den Aktionären ist lediglich die Wahl zum Mitglied der Verwaltung entscheidend, nicht die Eintragung des Verwaltungsratsmitgliedes im Handelsregister (20).

V. Umfang der Verantwortlichkeit gegenüber Mitverwaltungsräten

1. Solidarität im Aussenverhältnis

Sind mehrere Personen für denselben Schaden verantwortlich, so haften sie von Gesetzes wegen solidarisch (21). OR 759 I geht von echter Solidarität (22) aus (23), weshalb die Bestimmungen von OR 143 - 149 über

18) Schaden, adäquater Kausalzusammenhang, Verschulden.

19) Forstmoser, Organbegriff 136; Meier-Wehrli 28.

20) F. von Steiger, Aktienrecht 224; Bürgi N 23 zu OR 708.

21) OR 759 I und 143 II; BGE 109 V 86ff (E7a) und 99 II 333; nach § 93 II AktG haften mehrere Vorstandsmitglieder, die ihre Pflichten verletzt haben, als Gesamtschuldner. Jeder haftet also für den ganzen Schaden; vgl. zum Begriff der "Gesamtschuld" MünchenerKomm N 1 zu § 421 BGB.

22) Oftinger 338ff und BGE 93 II 333 zur Unterscheidung zwischen echter und unechter Solidarität; vgl. auch Rolf Bär 471f.

23) Statt vieler: Forstmoser, Verantwortlichkeit N 261.

die Solidarschuldnerschaft anwendbar sind (24).

Im Zusammenhang mit der Solidarität im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht stehen die zwei folgenden Fragen im Zentrum der Diskussion (25):

- Haften mehrere Haftpflichtige für den ganzen Schaden oder nur für den jeweils adäquat verursachten Teil?
- Ist leichtes Verschulden bei einer Mehrheit von Verantwortlichen bereits im Aussenverhältnis zu berücksichtigen?

Als Antwort auf die erste Fragevertritt ein Teil der Lehre die Meinung, dass jeder solidarisch Verantwortliche für den ganzen Schaden aufkommen muss, auch wenn er nur einen Teil des Schadens adäquat verursacht hat (26). Die heute herrschende Lehre (27) und wohl auch das Bundesgericht (28) vertreten dagegen die Ansicht, dass jeder solidarisch Haftpflichtige nur für den von ihm selbst verursachten Schaden einzustehen hat (29).

24) Zellweger 40ff mit Hinweisen auf Literatur und Rechtsprechung.

25) Vgl. Forstmoser, Solidarität 369ff; Schmid 241ff; Rolf Bär 462ff; von Greyerz, Privatrecht 297ff; Reichwein, Verantwortlichkeit 349ff.

26) Oftinger 337; Zellweger 63; Lustenberger 175 hingegen stützt sich m.E. zu Unrecht auf die "Praxis und die wohl vorherrschende Lehre".

27) Vgl. Forstmoser, Verantwortlichkeit N 275; Rolf Bär 465; Schmid 244ff; vgl. auch Reichwein, Verantwortlichkeit 352, "wonach eine Haftung für fremde Kausalität ausgeschlossen ist, eine selbst gesetzte Teilursache indessen genügt".

28) Die Haltung des Bundesgerichts ist nicht eindeutig; vgl. dazu die kritisch beleuchteten Bundesgerichtsentscheide 86 II 171ff, 93 II 22ff und den nicht amtlich publizierten Entscheid vom 11.11.1975 (alle betreffend Kontrollstelle) sowie 97 II 403ff betreffend Verwaltungsrat bzw. Geschäftsführung bei: Forstmoser, Solidarität 371f; Reichwein, Verantwortlichkeit 350ff und Schmid 244ff, dieser nur bezüglich dem erst- und letztgenannten Urteil.

29) Vgl. Forstmoser, Solidarität 371f mit ausführlicher Begründung; ferner Druey 83.

Die zweite Frage wird von der herrschenden Lehre und dem Bundesgericht unterschiedlich beantwortet.

Vorauszuschicken ist dazu folgendes:

Steht die Haftung nur einer einzigen Person zur Abklärung, so kann der Richter im Falle leichter Fahrlässigkeit die Schadenersatzpflicht des Verantwortlichen herabsetzen (30).

Steht dagegen die Haftung mehrerer Personen zur Diskussion, präsentiert sich die Rechtslage in der Lehre und Rechtsprechung wie folgt:

Ein bedeutender Teil der Lehre vertritt die Meinung (31), dass auch bei einer Mehrheit von solidarisch haftenden Personen ein leichtes Verschulden bereits im Aussenverhältnis Berücksichtigung finden müsse (32). Das Bundesgericht (33) dagegen stemmt sich konsequent gegen diese Lehrmeinung, indem es den Reduktionsgrund des geringen Verschuldens (34) nur bei der Haftung eines Verantwortlichen gelten lässt, nicht aber bei einer Mehrheit von solidarisch Haftpflichtigen im Aussenverhältnis (35).

30) OR 43 I; Forstmoser, Verantwortlichkeit N 282; Schmid 245.

31) Forstmoser, Solidarität 372f; Schmid 245; Schiess 52ff; Bürgi, Solidarität 37ff; Henggeler 58f; Hirsch 267; vgl. dazu die kritischen Bemerkungen von Reichwein, Solidarität 129ff und dort seinen Vorschlag (S. 130), dass nach erfolgter Berechnung des vollen Schadens "der Schadenersatz nach dem Verschulden und den Umständen desjenigen eingeklagten Verantwortlichen bemessen wird, der am meisten belastet ist"; vgl. auch Rolf Bär 470f; vgl. die verschiedenen Lehrmeinungen zur Frage der Berücksichtigung des leichten Verschuldens im Aussenverhältnis, bei: Forstmoser, Verantwortlichkeit N 283-292; von Greyerz, Privatrecht 298f und Druey 83.

32) Nach Komm-AktG N 24 zu § 93 ist es im Aussenverhältnis gleichgültig, ob die Pflichtwidrigkeit und das Verschulden eines Vorstandsmitgliedes grösser ist als das eines andern. Jedes Mitglied haftet für den ganzen Schaden; vgl. auch KöllnerKomm N 47 zu § 93 AktG.

33) Vgl. BGE 97 II 416 und 93 II 322; F. von Steiger, Aktienrecht 277; a.M. das Obergericht des Kantons Thurgau, abgedruckt in SJZ 78(1980)380f; vgl. dazu Forstmoser, Solidarität 369ff.

34) OR 43 I.

35) D.h. gegenüber den Geschädigten.

Diese von der Lehre kritisierte Bundesgerichtspraxis muss auch für das stille Verwaltungsratsmitglied seine Gültigkeit haben. Ist das stille Verwaltungsratsmitglied mit weiteren Verwaltungsratsmitgliedern für denselben Schaden verantwortlich, so haftet es unabhängig vom Grad seines Verschuldens solidarisch mit den anderen. Dies hat zur Folge, dass das (stille) Verwaltungsratsmitglied selbst dann für den ganzen Schaden einzustehen hat, wenn die übrigen Verwaltungsratsmitglieder ein viel grösseres Verschulden trifft.

Der Revisionsvorschlag (36) dagegen ermöglicht in EArt. 759 III OR allen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit unterstehenden Personen die Berufung auf geringfügiges Verschulden bereits im Aussenverhältnis (37), womit sich die Kritiker der Bundesgerichtspraxis vorläufig durchgesetzt haben.

2. Rückgriff im Innenverhältnis

Wer im Aussenverhältnis von Geschädigten belangt wurde, hat im Innenverhältnis gemäss OR 759 II ein Rückgriffsrecht. Ueber die Ordnung des Rückgriffs entscheidet der Richter nach freiem Ermessen; er hat jedoch den Grad des Verschuldens jedes einzelnen Verantwortlichen zu berücksichtigen (38).

36) Vgl. Botschaft (1983) 108, 194 und 248.

37) Nach Forstmoser schiesst der Entwurf zum revidierten Aktienrecht in dieser Frage wohl ungewollt über das Ziel hinaus, denn der vorgesehene Wortlaut von EArt. 759 II OR bedeute eigentlich die Aufhebung der Solidarität, Nachweis dazu in: Würdigung der Aktienrechtsreform aus der Sicht der Rechtswissenschaft S. 125, in: Rechtliche und betriebswirtschaftliche Aspekte der Aktienrechtsreform (=SSHWR Bd.74), Zürich 1984.

38) Vgl. OR 759 II; Forstmoser, Verantwortlichkeit N 293 und dort Anm 475 mit weiterer Literatur; ergänzend Guhl/Merz/Kummer 695; nach § 426 I BGB haften Gesamtschuldner im Innenverhältnis grundsätzlich nach gleichen Teilen. § 254 BGB erlaubt aber eine Abstufung nach dem Grad des Verschuldens; vgl. dazu Komm-AktG N 24 zu § 93 und Godin/Wilhelmi Anm 7 zu § 93 AktG.

Diese Rückgriffsordnung muss auch für das stille Verwaltungsratsmitglied seine Geltung haben. Fällt dem stillen Verwaltungsratsmitglied ein viel geringeres Verschulden am gemeinsam mit anderen Verwaltungsratsmitgliedern verursachten Schaden zu, so kann es dies analog einem Verwaltungsratsmitglied gemäss Gesetz im Innenverhältnis geltend machen.

In der Praxis entscheidet aber häufig nicht der Grad des Verschuldens über den im Innenverhältnis definitiv zu tragenden Schaden jedes einzelnen, sondern die Zahlungsfähigkeit der Mitverwaltungsräte ist für den erfolgreichen Rückgriff ausschlaggebend (39).

VI. Zusammenfassung

Im gesellschaftsinternen Verhältnis kommt dem stillen VR durch die Wahl zum Mitglied der Verwaltung formelle Organeigenschaft zu gleich einem Verwaltungsratsmitglied gemäss Gesetz. Dies führt zu einer uneingeschränkten Unterstellung seiner Person unter die Bestimmungen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit gegenüber der Gesellschaft selbst und den Aktionären. Der Pflichtenkreis und der auf die übertragenen Aufgaben anzuwendende Sorgfaltsmassstab, der über die *diligentia quam in suis* reichen muss, ergeben sich für das stille Verwaltungsratsmitglied grundsätzlich aus dem Gesetz. Das Verhältnis des stillen Verwaltungsratsmitgliedes zu seinen Mitverwaltungsräten wird durch die vom Gesetz statuierte solidarische Haftung geprägt. In diesem Zusammenhang lehnt das Bundesgericht

39) Dazu Forstmoser, LJZ 10; Bürgi/Nordmann N 20 zu OR 759, wonach die solventen Haftpflichtigen die Anteile der Zahlungsunfähigen "gleichmässig" zu tragen haben, d.h. entsprechend ihren nach OR 759 II errechneten Quoten; die Zahlungsfähigkeit eines Verantwortlichen ist aber oft vom Bestehen eines Versicherungsschutzes abhängig. Dabei ist zu beachten, dass gerade risikobelastete VR-mandate in der Regel einen geringeren Versicherungsschutz erhalten; vgl. dazu auch hinten § 20 II.3.

die von der Lehre teilweise geforderte Berücksichtigung des leichten Verschuldens bereits im Aussenverhältnis bei einer Mehrheit von Ersatzpflichtigen konsequent ab. Im Innenverhältnis dagegen steht auch dem stillen Verwaltungsratsmitglied gegenüber seinen Mitverwaltungsräten das Recht zu, beim Richter ein geringes Verschulden am gemeinsam verursachten Schaden geltend zu machen.

11 Das gesellschaftsexterne Verhältnis

I. Übersicht

Beim gesellschaftsexternen Verhältnis betrachten wir die Beziehung zwischen dem stillen Verwaltungsratsmitglied und den Gesellschaftsgläubigern. Die Gesellschaftsgläubiger sind gegenüber der Gesellschaft, den Aktionären und der Verwaltung "Aussenstehende", sog. "Dritte". Indem aber solche Dritte regelmässig in vertragliche Beziehungen zur Gesellschaft (1) treten (2), werden sie zu Gesellschaftsgläubigern und insofern zu interessierten Beobachtern der wirtschaftlichen Entwicklung ihrer Schuldnerin.

Die wirtschaftliche Entwicklung einer Gesellschaft wird im wesentlichen durch die Verwaltung geprägt. Ihr obliegt die eigentliche Führung des Unternehmens (3). Diese Tatsache führt dazu, dass die Gesellschaftsgläubiger ein Interesse an der tatsächlichen Zusammensetzung der Verwaltung haben. Sie wollen wissen, welche Personen die Geschicke "ihrer" Gesellschaft bestimmen, der sie z.B. Waren und/oder Geld anvertrauen.

Bedient sich nun eine Gesellschaft eines stillen Verwaltungsratsmitgliedes, so stimmt die tatsächliche Zusammensetzung der Verwaltung nicht mehr mit der im Handelsregister eingetragenen Verwaltung überein.

- 1) Vorausgesetzt wird also ein vermögensrechtlicher Forderungsanspruch gegen die Gesellschaft, nicht aber gegen den Verwaltungsrat.
- 2) Z.B. als Lieferant oder Fremdkapitalgeber.
- 3) Vgl. Pedrazzini, Aktiengesellschaft 18 zur Unternehmungspolitik; vgl. auch OR 721 II.

II. Die negative Publizitätswirkung von OR 933 II

Da das stille Verwaltungsratsmitglied per definitionem (4) trotz dem Vorliegen einer Wahl nicht im Handelsregister eingetragen wird, können und müssen die Gesellschaftsgläubiger via Register keine Kenntnis von der Existenz stiller Verwaltungsratsmitglieder haben (5). Die negative Publizitätswirkung von OR 933 II besagt: Was nicht eingetragen ist, muss der Dritte nicht kennen (6). Die Gesellschaftsgläubiger sind daher von Gesetzes wegen nicht gehalten, von der Wahl einer Person zum (stillen) Verwaltungsratsmitglied einer Gesellschaft Kenntnis zu haben, solange keine Eintragung im Handelsregister und keine Veröffentlichung im Handelsamtsblatt stattgefunden hat (7). Die negative Publizitätswirkung des Handelsregisters schützt also das Vertrauen, das Dritte in das "Schweigen des Registers" setzen (8). Die Gesellschaftsgläubiger dürfen daher darauf vertrauen, dass die im Handelsregister aufgeführten Verwaltungsratsmitglieder gemeinsam die Verwaltung bilden. Demnach erwächst den Gesellschaftsgläubigern aus dem negativen Schutz der Registerpublizität kein Nachteil; in bezug auf die tatsächliche Zusammensetzung der Verwaltung aber auch kein Vorteil.

- 4) Zur Definition des stillen Verwaltungsratsmitgliedes vorn § 8 II.
- 5) OR 933 II (negative Publizitätswirkung des Handelsregisters); das negative Publizitätsprinzip setzt nach Gauch 150 voraus, dass ein Sachverhalt zwar nicht eingetragen ist, aber in Wirklichkeit doch besteht. Diese Voraussetzung ist durch die ordnungsgemäße Wahl des stillen Verwaltungsratsmitgliedes erfüllt.
- 6) Guhl/Merz/Kummer 783.
- 7) F. von Steiger, Handelsregister 51; im Zusammenhang mit OR 933 II wird der gute Glaube des Dritten (Gläubigers) vermutet (ZGB 3 II). Diese Vermutung kann nach OR 933 II durch den Beweis des bösen Glaubens des Dritten widerlegt werden; vgl. dazu Gauch 150.
- 8) Komm-Staub N 14 zu § 15 HGB (betrifft das Handelsregister).

Die Gesellschaftsgläubiger sind bei einer erlittenen Vermögenseinbusse vielmehr daran interessiert, alle ihre Schädiger aus dem Kreis der Verwaltung zur Verantwortung ziehen zu können. Dabei kann ihnen aber das Handelsregister keine abschliessende Auskunft geben.

Aus diesem Umstand resultieren für die Gesellschaftsgläubiger vorerst zwei Probleme:

- Wie und wann können die Gesellschaftsgläubiger die Existenz stiller Verwaltungsratsmitglieder in Erfahrung bringen?
- Worauf können sich die Gesellschaftsgläubiger bei der Existenz stiller Verwaltungsratsmitglieder berufen, um diese analog einem Verwaltungsratsmitglied gemäss Gesetz den Bestimmungen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit zu unterwerfen?

III. Zum Problem der Existenz stiller Verwaltungsratsmitglieder

1. Im allgemeinen

Wie erwähnt gibt das Handelsregister keine Auskunft über das Vorhandensein stiller Verwaltungsratsmitglieder in der Verwaltung, weshalb die Gesellschaftsgläubiger die Existenz solcher VR auf andere Weise in Erfahrung bringen müssen.

Vorauszuschicken ist dabei folgendes:

Erleiden die Gesellschaftsgläubiger einen Schaden, so wollen sie auf ihre Schädiger greifen können. Nach OR 754ff stehen den Gesellschaftsgläubigern dafür Ansprüche und Klagerechte gegen die Mitglieder der Verwal-

tung (9) zu. Die für die Ansprüche und Klagerechte der Gesellschaftsgläubiger wesentliche Unterscheidung von unmittelbarer und mittelbarer Schädigung (10) spielt hier keine Rolle. Denn zunächst interessiert uns die Frage, wie die Gesellschaftsgläubiger ihre Schädiger innerhalb und ausserhalb eines Gesellschaftskonkurses eruieren können.

2. Gesellschaft im Konkurs

Befindet sich die Gesellschaft im Konkurs, so haben die Gesellschaftsgläubiger im Konkursverfahren ein Akteneinsichtsrecht. Dieses bezieht sich nach der Praxis auf alle sich im Besitze des Konkursamtes befindlichen Akten; es ist also nicht auf die in SchKG 8 II erwähnten Protokolle beschränkt (11).

Dieses Akteneinsichtsrecht gewährt den Gesellschaftsgläubigern auch einen Einblick in die Organisation der Gesellschaft und somit auch in die tatsächliche Zusammensetzung der Verwaltung. Auf diese Weise dürften die Gesellschaftsgläubiger auch Kenntnis von stillen Verwaltungsratsmitgliedern erhalten; Personen also, die sich in die Verwaltung wählen liessen, dies aber u.a. gegenüber den Gesellschaftsgläubigern durch den fehlenden Handelsregistereintrag nicht zum Ausdruck brachten.

9) OR 754ff regeln nur die Klagerechte der Gesellschaftsgläubiger, nicht dagegen diejenigen persönlicher Gläubiger der Verwaltungsratsmitglieder.

10) Die Unterscheidung zwischen unmittelbarer und mittelbarer Schädigung der Gesellschaftsgläubiger kommen in OR 754ff nur ungenügend zum Ausdruck.

11) Amonn § 4 N 16; gegen die Verweigerung des Akteneinsichtsrechts durch das Konkursamt steht dem Gesellschaftsgläubiger die betreibungsrechtliche Beschwerde nach SchKG 17 zu; vgl. dazu BGE 105 III 38ff (E4).

Im Gesellschaftskonkurs sind aber nicht nur die Gesellschaftsgläubiger an Verantwortlichkeitsklagen interessiert, sondern auch die Gesellschaft selbst und die Aktionäre wollen ihren erlittenen Schaden beim Vorliegen der übrigen Klagevoraussetzungen (12) gegen die betroffenen Mitglieder der Verwaltung geltend machen. Dass die Gesellschaft und die Aktionäre dabei auch die von ihnen gewählten, aber nicht im Handelsregister eingetragenen Mitglieder der Verwaltung - die sog. stillen Verwaltungsratsmitglieder - versuchen miteinzubeziehen, versteht sich von selbst. Dadurch wird aber die nach aussen geheimegehaltene Existenz stiller Verwaltungsratsmitglieder auch für die Gesellschaftsgläubiger aufgedeckt.

Aus diesen Ueberlegungen resultiert, dass es für die Gesellschaftsgläubiger im Konkurs der Gesellschaft kein Problem sein sollte, die Existenz stiller Verwaltungsratsmitglieder in einer Gesellschaft zwecks Geltendmachung von Gläubigerschäden ausfindig machen zu können.

3. Gesellschaft nicht im Konkurs

Soweit sich die Gesellschaft nicht im Konkurs befindet, werden die Gesellschaftsgläubiger für ihre Verantwortlichkeitsklagen (13) kaum Schützenhilfe von der Gesellschaft und den Aktionären erwarten können. Solange eine Gesellschaft zahlungsfähig ist, dürften allerdings in der Praxis kaum Verantwortlichkeitsklagen von

12) Neben dem Schaden sind ein Verschulden bzw. eine Pflichtverletzung und ein adäquater Kausalzusammenhang erforderlich; vgl. dazu ausführlicher hinten § 17.

13) Es kann sich dabei nur um Ansprüche aus unmittelbarer Schädigung handeln; eine eigentliche mittelbare Schädigung der Gesellschaftsgläubiger ausserhalb eines Gesellschaftskonkurses dürfte es entgegen OR 755 nicht geben, weil die Gesellschaft dann ihre Verbindlichkeiten gegenüber den Gesellschaftsgläubigern immer noch erfüllen kann; vgl. dazu die widersprüchlichen Bestimmungen von OR 755 und 758; dazu kritisch Forstmoser, Verantwortlichkeit N 83-85 und hinten § 16 IV.3.

Gesellschaftsgläubigern angestrebt werden, da den unmittelbar geschädigten Gesellschaftsgläubigern (14) in der Regel die Gesellschaft aufgrund von OR 718 III (15) für den erlittenen Schaden einzustehen hat (16). Soweit also die Gesellschaftsgläubiger einen Schaden durch eine unerlaubte Handlung einer zur Geschäftsführung oder Vertretung befugten Person (17) in Ausübung ihrer geschäftlichen Verrichtung erleiden, können sich die Gesellschaftsgläubiger als Geschädigte an die Gesellschaft halten (18). Dadurch rückt aber für die Gesellschaftsgläubiger das Problem der Existenz stiller Verwaltungsratsmitglieder in den Hintergrund. Denn solange es sich beim Schädiger um eine zur Geschäftsführung oder Vertretung befugten Person handelt, für dessen schädigende Handlung die Gesellschaft einzustehen hat, ist es für die Gesellschaftsgläubiger weitgehend ohne Bedeutung, ob es sich dabei z.B. um ein stilles Verwaltungsratsmitglied oder um ein Verwaltungsratsmitglied gemäss Gesetz handelt. Diese Qualifikation bleibt ein gesellschaftsinternes Problem, mit dem sich die Gesellschaftsgläubiger nicht zu belasten brauchen.

IV. Formelle oder materielle Organeigenschaft?

1. Uebersicht

Wie wir gesehen haben, dürfte es für die Gesellschaftsgläubiger weder ausserhalb noch innerhalb eines Gesell-

- 14) Eine unmittelbare Schädigung eines Gesellschaftsgläubigers liegt z.B. vor, wenn er durch falsche Auskünfte (unerlaubte Handlung) über die finanzielle Lage der Gesellschaft zur Kreditgewährung an die Gesellschaft verleitet wird; vgl. dazu auch hinten § 16 IV.1.
- 15) Nach der dem schweizerischen Verbandsrecht zugrunde liegenden Realitätstheorie sind die für die juristische Person handelnden Organe Teil der juristischen Person selbst. Die juristische Person hat daher für die unerlaubten Handlungen ihrer Organe einzustehen; vgl. zur Realitätstheorie und der heute herrschenden Auffassung: Meier-Hayoz/Forstmoser § 2 N 13-19.
- 16) Fehr 156, Forstmoser, Verantwortlichkeit N 71.
- 17) Vgl. OR 718 III; dies kann auch ein stilles Verwaltungsratsmitglied betreffen.
- 18) OR 718 II und ZGB 55 II.

schaftskonkurses ein unüberwindbares Problem sein, die Existenz stiller Verwaltungsratsmitglieder in einer Gesellschaft ausfindig machen zu können (19).

Ist das stille Verwaltungsratsmitglied erst einmal ermittelt, interessiert die Gesellschaftsgläubiger vor allem die Frage, worauf sie sich berufen können und müssen, damit das stille Verwaltungsratsmitglied analog einem Verwaltungsratsmitglied gemäss Gesetz der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit unterstellt werden kann. Mit anderen Worten, welches sind die Eigenschaften, die das stille Verwaltungsratsmitglied in einer Gesellschaft verkörpern muss; genügt die Eigenschaft eines formellen Organs oder muss es gegenüber den Gesellschaftsgläubigern in materieller Organeigenschaft aufgetreten sein?

Sowohl die Literatur als auch die Rechtssprechung haben sich mit dieser Frage bisher noch kaum befasst. Einige wenige Hinweise sind insbesondere der Literatur zu entnehmen. Diese werden nachfolgend kurz dargestellt.

2. Literatur und Rechtsprechung

Nach Forstmoser (20) dürfte es sich rechtfertigen, dass ein stilles Verwaltungsratsmitglied gegenüber den Gesellschaftsgläubigern nur dann haftet, wenn es Organfunktion im materiellen Sinn (21) ausübt, d.h.

19) Nach von Greyerz, PrivatAG 67 können sich stille Verwaltungsratsmitglieder "vor den Verantwortlichkeitsklagen der Gläubiger verbergen und schützen"; vgl. dazu auch vorn § 8 Anm 33.

20) Forstmoser, LJZ 3.

21) Dies setzt eine massgebliche Beteiligung an der Willensbildung der Gesellschaft voraus; ausführlicher dazu vorn § 1 V.

wenn dem stillen Verwaltungsratsmitglied "das Stimmrecht im Verwaltungsrat" zukommt (22).

Dies würde bedeuten, dass sich die Gesellschaftsgläubiger nicht allein auf das gesellschaftsinterne formale Kriterium der Wahl des stillen Verwaltungsratsmitgliedes durch die Generalversammlung berufen könnten, sondern dem stillen Verwaltungsratsmitglied müsste neben der Wahl noch das Stimmrecht (23) im Verwaltungsrat gewährt werden. Dadurch stünde ihm aber das Recht - ja sogar die Pflicht - zu, materiell (24) Einfluss auf die Willensbildung der Gesellschaft zu nehmen.

Nach von Greyerz (25) kann die Nichteintragung des stillen Verwaltungsratsmitgliedes im Handelsregister nicht zum Ausschluss seiner aktienrechtlichen Verantwortlichkeit gegenüber den Gesellschaftsgläubigern führen.

Demnach befürwortet auch von Greyerz die aktienrechtliche Verantwortlichkeit des stillen Verwaltungsratsmitgliedes im gesellschaftsexternen Verhältnis, wohl mit der Begründung, dass das stille Verwaltungsratsmitglied durch die Wahl der Generalversammlung "ordnungsgemäss Mitglied der Verwaltung" geworden sei (26). Anders sei die Rechtslage einzig dann, wenn dem stillen Verwaltungsratsmitglied nur ein Mitspracherecht, aber kein Stimmrecht zustehe. Ohne Stimmrecht habe das stille Verwaltungsratsmitglied bloss eine Beraterstellung, weshalb es einzig gegenüber der Gesellschaft aus

22) Gesellschaftsintern, d.h. gegenüber der Gesellschaft und den Aktionären geht Forstmoser von einer unbeschränkten aktienrechtlichen Verantwortlichkeit des stillen Verwaltungsratsmitgliedes aus; dazu Forstmoser, Verantwortlichkeit N 489; ähnlich von Greyerz, PrivatAG 67.

23) Die Mitgliedschaft in der Verwaltung kann - sofern sie nicht auf einer Wahl beruht - auch ohne Stimmrecht erfolgen.

24) "Materiell" heisst "effektiv" Einfluss nehmen können.

25) Von Greyerz, Privatrecht 202f.

26) Von Greyerz, Privatrecht 202.

Vertrag hafte, gegenüber den Aktionären und den Gesellschaftsgläubigern indessen nicht (27).

BGE 107 II 349ff befasst sich mit der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit "stiller Verwaltungsräte" im gesellschaftsexternen Verhältnis. Wie bereits erwähnt (28), handelt es sich bei diesen "stillen Verwaltungsräten" nach der in dieser Arbeit verwendeten Terminologie eigentlich um "verdeckte Verwaltungsräte", weil ihnen ihre Stellung nicht durch eine Wahl, sondern durch einen Beratervertrag zukam (29).

3. Zwingende Mitwirkungspflicht im Verwaltungsrat

Die Verwaltung einer AG ist in der Regel ein aus mehreren Verwaltungsratsmitgliedern bestehendes Kollegium (30). Die Wahl des einzelnen Verwaltungsratsmitgliedes verpflichtet diesen zur Teilnahme an der Pflichterfüllung dieses Kollegiums, zur sorgfältigen und pflichtgemässen Beteiligung an der Willensbildung der Gesellschaft (31). Damit das einzelne Verwaltungsratsmitglied die Willensbildung der Gesellschaft mitgestalten kann, muss ihm das Recht zur Teilnahme an den Beratungen und Verhandlungen des Verwaltungsrates zukommen (32). Beratungen und Verhandlungen bilden eine wichtige Phase der Willensbildung (33). In diesem Stadium

27) Von Greyerz, PrivatAG 67; im gesellschaftsexternen Verhältnis verlangt Forstmoser Organfunktion im materiellen Sinn; vgl. dazu Anm 21; auch Homburger (161) lehnt die Auffassung von von Greyerz ab.

28) Vgl. dazu ausführlicher vorn § 8 I. 2.

29) Vgl. zur Auseinandersetzung mit den Argumenten des Bundesgerichts zur Stellung des verdeckten Verwaltungsratsmitgliedes im gesellschaftsinternen und -externen Verhältnis hinten § 12-14.

30) BÜrgi N 7ff zu OR 712.

31) BÜrgi N 1 zu OR 713.

32) E. Schucany, Komm. N 1 zu OR 713; F. von Steiger, Aktienrecht 244; Lustenberger 123.

33) BÜrgi N 18 zu OR 716; vgl. auch R. Bär, wonach der Sinn der Beschlussfassung im Kollegium, "nicht nur im Mehrheitsentscheid, sondern wesentlich in der Sammlung und Abwägung von Gesichtspunkten" liegt.

der gegenseitigen Beeinflussung und Orientierung (34) kann sich jedes einzelne Verwaltungsratsmitglied seine eigene Meinung bilden. Zur endgültigen Beschlussfassung innerhalb der Verwaltung steht jedem Mitglied das gleiche Stimmrecht zu; d.h. jedem Verwaltungsratsmitglied kommt grundsätzlich nur eine Stimme zu (35). Ein statutarisch gewährtes Mehrstimmenrecht für einzelne Verwaltungsratsmitglieder wäre unzulässig (36).

Das Teilnahmerecht an den Verwaltungsratssitzungen und insbesondere das Stimmrecht stehen - obwohl sie im Gesetz nicht garantiert sind - jedem durch die Generalversammlung gewählten Verwaltungsratsmitglied (37) unentziehbar und uneinschränkbar zu (38).

4. Zum Stimmrecht des stillen Verwaltungsratsmitgliedes

Forstmoser (39) und von Greyerz (40) erachten das Stimmrecht als Voraussetzung für die aktienrechtliche Verantwortlichkeit des stillen Verwaltungsratsmitgliedes gegenüber den Gesellschaftsgläubigern. M.E. stellt sich aber mit dieser Voraussetzung die Frage, ob dem stillen Verwaltungsratsmitglied nach der hier vertretenen Definition - Wahl, aber kein Handelsregistereintrag - nicht ohnehin ein Stimmrecht zukommen muss. Denn durch die Wahl wird das stille Verwaltungsratsmitglied zum ordnungsgemässen Mitglied der Verwaltung (41); ausgestattet mit einem unentziehbaren und unein-

34) Allenfalls auch durch aussenstehende Experten, Berater u.a.

35) Bürgi N 40ff zu OR 708 und N 9 zu OR 716; Funk N 1 zu OR 712; nach BGE 71 I 187ff ergibt sich die gleiche Stimmkraft u.a. auch aus OR 711 und 762 III.

36) Von Greyerz, Privatrecht 206; Bürgi N 7 zu OR 716; E. Schucany, Komm. N 1 zu OR 713; BGE 72 II 279 und 71 I 188.

37) Auch dem nicht geschäftsführenden und nicht zur Vertretung befugten Verwaltungsratsmitglied; vgl. für weitere Rechte der Verwaltungsratsmitglieder OR 713.

38) E. Schucany, Komm. N 1 zu OR 713.

39) Vgl. Anm 20.

40) Vgl. Anm 26.

41) Vgl. von Greyerz, Privatrecht 202.

schränkbares Stimmrecht (42). Das stille Verwaltungsratsmitglied wurde mit bestimmten Aufgaben der Verwaltung und/oder Geschäftsführung betraut. Die von ihm geforderte Sorgfalt in der Ausübung seiner ihm zugewiesenen Aufgaben erfordert daher vom stillen Verwaltungsratsmitglied eine aktive Teilnahme an den Verwaltungsratssitzungen. Vom gewählten Verwaltungsratsmitglied wird Mitsprache und Meinungsäusserung erwartet bzw. verlangt. Schweigt oder enthält sich das (stille) Verwaltungsratsmitglied der Stimme, erfüllt es nach der herrschenden Lehre die ihm obliegenden Pflichten nicht korrekt (43).

Mit anderen Worten: Wem die Mitgliedschaft im Verwaltungsrat durch eine Wahl verliehen wurde, dem steht m.E. auch ein Stimmrecht in diesem Kollegium zu. Damit wäre aber das von Forstmoser und von Greyerz eingangs geforderte Stimmrecht des stillen Verwaltungsratsmitgliedes als Voraussetzung für die aktienrechtliche Verantwortlichkeit gegenüber den Gesellschaftsgläubigern stets erfüllt. Diese Konsequenz könnte m.E. vermieden werden, wenn für stille Verwaltungsratsmitglieder auf das Stimmrecht als Kriterium für die Beurteilung der gesellschaftsexternen Verantwortlichkeit verzichtet würde. Denn das Stimmrecht des stillen Verwaltungsratsmitgliedes ist bloss eine (notwendige) Folge seiner Wahl zum Mitglied der Verwaltung. Es bleibt daher zu prüfen, ob sich die Gesellschaftsgläubiger gegenüber stillen Verwaltungsratsmitgliedern nicht auf das gesellschaftsinterne Kriterium der Wahl berufen können.

- 42) E. Schucany, Komm. N 1 zu OR 713; die Praxis dürfte aber auch stille Verwaltungsratsmitglieder ohne Stimmrecht kennen. Ein solcher "Verzicht" des stillen Verwaltungsratsmitgliedes auf ein ihm zustehendes Recht entbindet dieses aber m.E. keinesfalls von der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit.
- 43) Bürgi/Nordmann N 93 zu OR 753/754; Schulthess 58f; R. Bär 481; Biggel 149; Meier-Wehrli 32; Lustenberger 126; vgl. auch E. Schucany: Verantwortlichkeit wegen Absenz und Stimmenthaltung im Verwaltungsrat, in: SJZ 60(1964)299f.

V. Berufung der Gesellschaftsgläubiger auf die formelle Organstellung stiller Verwaltungsratsmitglieder

Durch die Wahl der Generalversammlung ist nicht nur das Verwaltungsratsmitglied gemäss Gesetz, sondern - wie wir gesehen haben - auch das stille Verwaltungsratsmitglied eine mit der Verwaltung und/oder Geschäftsführung betraute Person im Sinn von OR 754 I. Das stille VR ist Mitglied der Verwaltung - unabhängig davon, welche Aufgaben es tatsächlich zu erfüllen hat - und damit auch Organperson im Sinn der Verantwortlichkeitsbestimmungen von OR 754ff (44). Insofern kann beim stillen Verwaltungsratsmitglied von einer formellen Organstellung (45) gesprochen werden. Wer aber eine formelle Stellung in der Gesellschaft, insbesondere in der Verwaltung innehat, der hat das Recht und die Pflicht in dem ihm zugewiesenen Aufgabenkreis seinen Einfluss auf die Willensbildung der Gesellschaft auszuüben. Davon müssen und dürfen auch die Gesellschaftsgläubiger ausgehen. Aus der Sicht der Gesellschaftsgläubiger mag es daher für die aktienrechtliche Verantwortlichkeit des stillen Verwaltungsratsmitgliedes unerheblich sein, ob es das ihm zustehende Stimmrecht tatsächlich ausübt oder ob es im Einvernehmen mit den übrigen Verwaltungsräten darauf "verzichtet". Dies ist eine gesellschaftsinterne Angelegenheit (46) und soll den Gesellschaftsgläubigern nicht zum Nachteil gereichen.

Entscheidend ist m.E. allein die Wahl und die daraus resultierende formelle Organstellung stiller Verwaltungsratsmitglieder. Denn wie bereits erwähnt, beinhal-

44) Vgl. dazu Forstmoser, Verantwortlichkeit N 482.

45) Vgl. zur Organstellung im formellen Sinn vorn § 1 IV.

46) Die innere Organisation ist, soweit die Statuten nichts gegenteiliges bestimmen, dem Verwaltungsrat überlassen; vgl. dazu E. Schucany, Komm. N 1 zu OR 714; Bürgi N 1ff zu OR 714.

tet die Wahl zum stillen Verwaltungsratsmitglied ein Stimmrecht; ein Recht, aber auch eine Pflicht, sich an der Willensbildung der Verwaltung zu beteiligen. Wer aber die Pflicht hat, den "Gang der Dinge" aktiv und mit aller Sorgfalt zu leiten bzw. zu beeinflussen, der darf sich weder der Stimme enthalten noch darauf verzichten. Dies hat für das gesellschaftsexterne Verhältnis stiller Verwaltungsratsmitglieder zur Folge, dass eine allfällige Stimmenthaltung bzw. ein Stimmverzicht oder der fehlende Handelsregistereintrag den Gesellschaftsgläubigern bei der Geltendmachung ihrer Verantwortlichkeitsansprüche nicht zum Stolperstein werden darf. Die Gesellschaftsgläubiger sollten diesbezüglich gegenüber der Gesellschaft und insbesondere gegenüber den Aktionären zumindest gleichgestellt sein, keinesfalls aber schlechter. Gleichstellung würde bedeuten, dass neben den übrigen Klagevoraussetzungen der Beweis der Wahl zum (stillen) Verwaltungsratsmitglied - d.h. die formelle Organstellung - für die Ansprüche der Gesellschaftsgläubiger aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit genügen müsste. Das Abstellen auf die Wahl und die damit verliehene formelle Organstellung stiller Verwaltungsratsmitglieder hat m.E. den Vorteil, dass dadurch - im Gegensatz zum Kriterium des Stimmrechts (47) - ein klarer und eindeutiger Anknüpfungspunkt für die Ansprüche der Gesellschaftsgläubiger aus OR 754ff geschaffen wird.

Zur Wahl stiller Verwaltungsratsmitglieder bleibt noch zu ergänzen, dass die Verwaltung nicht unbedingt von Anfang an die Absicht verfolgen muss, einer Person

47) Bei verdeckten Verwaltungsratsmitgliedern dagegen, die ja ohne eine Wahl Einfluss auf die Willensbildung nehmen, ist z.B. das Bestehen eines Stimmrechts im Verwaltungsrat ein Kriterium für die Begründung einer Organstellung; vgl. dazu ausführlicher hinten § 14 II.2.

"nur" den Status eines stillen Verwaltungsratsmitgliedes verleihen zu wollen. Die Verwaltung kann der Generalversammlung eine Person zur Wahl in den Verwaltungsrat vorschlagen und dabei erst nach der erfolgten Wahl durch die Generalversammlung zum Schluss kommen, dass ein Eintrag des neugewählten Verwaltungsratsmitgliedes im Handelsregister aus irgendwelchen Gründen nicht oder vorerst nicht zweckmässig sei (48).

VI. Zusammenfassung

Im Gegensatz zur Gesellschaft und den Aktionären haben die Gesellschaftsgläubiger als "Aussenstehende" keine unmittelbare Kenntnis von der Tätigkeit stiller Verwaltungsratsmitglieder in einer Gesellschaft. Das Handelsregister bleibt bei der Wahl stiller Verwaltungsratsmitglieder gegenüber den Gesellschaftsgläubigern zwangsläufig unvollständig. Aus der Unvollständigkeit des Handelsregisters darf den Gesellschaftsgläubigern aber von Gesetzes wegen kein Nachteil erwachsen, sofern es sich um eine eintragungspflichtige Tatsache gehandelt hat. Bei der Wahl zum (stillen) Mitglied der Verwaltung handelt es sich aber aufgrund von OR 641 Ziff. 8 stets um eine eintragungspflichtige Tatsache, weshalb die pflichtwidrige Nichteintragung gewählter Verwaltungsratsmitglieder die Rechtsstellung der Gesellschaftsgläubiger nicht zu beeinträchtigen vermag. Trotz des fehlenden Handelsregistereintrages dürfte es für die Gesellschaftsgläubiger weder innerhalb noch ausserhalb eines Gesellschaftskonkurses ein grosses Problem sein, die Tätigkeit stiller Verwaltungsratsmitglieder in einer Gesellschaft nachweisen zu können.

48) Die Anmeldung beim Handelsregisteramt hat grundsätzlich durch die Verwaltung zu erfolgen; vgl. dazu § 8 Anm 22; in der Praxis dürfte es aber auch vorkommen, dass die Verwaltung der Generalversammlung vorschlägt, eine Person bloss als "stilles Verwaltungsratsmitglied" zu wählen; vgl. dazu vorn § 8 Anm 32.

Befindet sich die Gesellschaft im Konkurs gewährt das Akteneinsichtsrecht, das auch uneingeschränkt für Gesellschaftsgläubiger gilt, einen umfassenden Einblick in die Vorgänge der Gesellschaft. Kommt dagegen die Gesellschaft ihren Verpflichtungen vollumfänglich nach, wird das Interesse der Gesellschaftsgläubiger an Verantwortlichkeitsklagen aus unmittelbarem Schaden gering sein, weil ihnen in der Regel die Gesellschaft selbst aufgrund von OR 718 III für den erlittenen Schaden einzustehen hat.

Mit der Wahl zum Verwaltungsratsratsmitglied ist u.a. die Pflicht verbunden, an der Willensbildung innerhalb der Verwaltung teilzunehmen. Die korrekte Pflichterfüllung erfordert Teilnahme und Meinungsäusserung in den Verwaltungsratssitzungen. Dies gilt auch uneingeschränkt für das stille Verwaltungsratsmitglied, weil dieses durch die Wahl ordnungsgemäss Mitglied der Verwaltung wurde. Seine Wahl beinhaltet stets ein Stimmrecht im Verwaltungsrat, weshalb ein Verzicht auf das ihm zustehende Stimmrecht keine Befreiung von der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit gegenüber den Gesellschaftsgläubigern zur Folge haben kann. Ihnen gegenüber zählt einzig die Wahl und die daraus resultierende formelle Organstellung innerhalb der Verwaltung.

Viertes Kapitel:

DAS VERDECKTE VERWALTUNGSRATSMITGLIED IM GESELLSCHAFTS- INTERNEN UND -EXTERNEN VERHAELTNIS

12 Einleitung

Beim verdeckten Verwaltungsratsmitglied rechtfertigt es sich m.E. das gesellschaftsinterne und -externe Verhältnis gemeinsam zu betrachten, weil das verdeckte Verwaltungsratsmitglied gegenüber der Gesellschaft, den Aktionären und den Mitverwaltungsräten sowie den Gesellschaftsgläubiger wie eine Organperson auftritt, indem es die Willensbildung der Gesellschaft massgeblich mitbestimmt, ohne formell als Entscheidungsorgan ernannt worden zu sein (1).

Für das verdeckte Verwaltungsratsmitglied besteht weder gesellschaftsintern noch -extern eine formelle Bindung im Sinn einer Wahl oder eines Handelsregistereintrages.

Wie wir bereits gesehen haben, ist das verdeckte Verwaltungsratsmitglied eng mit dem materiellen Organbegriff verknüpft (2). Das verdeckte Verwaltungsratsmitglied nimmt an der Willensbildung der Gesellschaft teil; es handelt, wie wenn es selber der Verwaltung angehören würde, indem es tatsächlich dem Verwaltungsrat vorbehaltene Entscheide trifft (3). Dadurch nimmt das verdeckte Verwaltungsratsmitglied die Funktion eines materiellen Organs im Sinn der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit ein (4). Obwohl die aktienrechtliche

1) Vgl. BGE 107 II 353f (E5a).

2) Vgl. vorn § 6 II. und § 1 V. 4.

3) Vgl. Forstmoser, Organbegriff 148.

4) Vgl. dazu vorn § 1 V.5.

Verantwortlichkeit des materiellen Organs grundsätzlich unbestritten ist (5), bietet die für die Verantwortlichkeit des verdeckten Verwaltungsratsmitgliedes entscheidende Grenzziehung zwischen organschaftlicher und nicht organschaftlicher Einflussnahme auf Bereiche, die zur Verwaltung und/oder Geschäftsführung gehören im Einzelfall nach wie vor Schwierigkeiten (6). Für die Gesellschaft, die Aktionäre und die Gesellschaftsgläubiger, die der einflussnehmenden Person eine materielle Organstellung nachweisen müssen, ist es von entscheidender Bedeutung, worauf sie sich gegenüber einem verdeckten Verwaltungsratsmitglied im Einzelfall berufen können, damit diesem eine Art und Weise der Einwirkung auf die Geschicke der Gesellschaft nachgewiesen werden kann, wie sie für ein gewähltes und allenfalls eingetragenes Verwaltungsratsmitglied üblich und typisch ist (7).

Aber auch für die auf eine Gesellschaft einflussnehmende Person hat die Abgrenzung zwischen haftungsbegründender und nicht haftungsbegründender (8) Einflussnahme auf die Willensbildung der Gesellschaft erhebliche praktische Bedeutung (9). Nachfolgend wollen wir einerseits nochmals kurz die charakteristischen Merkmale der materiellen Organstellung darlegen; andererseits aber auch diese organschaftliche Einflussnahme von einer bloss schuldvertraglichen Einflussnahme abgrenzen.

5) Vgl. vorn § 1 VI.

6) Vgl. Homburger 162; BGE 107 II 349ff.

7) Forstmoser, Organbegriff 146.

8) Allenfalls kommt aber eine Haftung aus Vertrag in Frage (z.B. Beratervertrag).

9) Vgl. Homburger 162.

13 Organschaftliche Einflussnahme im materiellen Sinn

I. Tatsachenvorgänge

Wie wir gesehen haben, kommt es für die Beurteilung der Organstellung im materiellen Sinn (1) entscheidend auf die tatsächlichen Verhältnisse an, d.h. auf Tatsachenvorgänge (2).

Materielle Organstellung erfordert ein Mindestmass an Einflussnahme auf die Verwaltung und/oder Geschäftsführung der Gesellschaft. Gefordert wird effektive Mitgestaltung der Geschäftstätigkeit, die blosser Möglichkeit zur Einflussnahme soll nicht genügen (3). Dabei stellt sich die Frage, worauf sich die tatsächliche Einflussnahme beziehen muss. Genügt die Beeinflussung jeglicher Entscheide?

II. Massgebendes Abgrenzungskriterium

Die vorn in Literatur und Rechtsprechung erwähnten "Definitionen" zur Organstellung im materiellen Sinn (4) stimmen insofern überein, als entscheidend sein soll, ob die in Frage stehende Person tatsächlich massgebend an der Willensbildung der Gesellschaft teilnimmt (5) oder entscheidende Aufgaben der Geschäftsführung selbständig ausübt, wie wenn sie formelles Organ wäre (6).

1) Vgl. § 1 V.3.

2) Reichwein, Solidarität 133; Forstmoser, Organbegriff 142; Homburger 161; BGE 107 II 355.

3) Vgl. dazu Meier-Wehrli 21-23; Druey 78; Woernle 59.

4) Vgl. vorn § 1 V. 1./2.

5) Die Willensbildung erfolgt in der Praxis weitgehend im Verwaltungsrat. Zur Willensbildung gehören v.a. die unternehmenspolitischen Entscheide und die sich daraus ergebende langfristige Planung mit den entsprechenden Entscheidungen in finanzieller, personeller und technischer Hinsicht; Nachweis dazu bei Pedrazzini, Aktiengesellschaft 18-20.

6) Vgl. dazu Forstmoser, Organbegriff 148; Gehrig 15; Druey 78f; SAG 1986/39.

Bei der Ausübung muss es sich um grundlegende Aufgaben (7) handeln, die typischerweise den Geschäftsleitungsorganen und nicht bloss untergeordneten Instanzen zugewiesen sind. Die Ausübung bloss einzelner Geschäftsführungstätigkeiten (8) begründen keine Organstellung, vor allem dann nicht, wenn sie nicht von grundlegender Art sind (9).

III. Die Grundlage tatsächlicher Einflussnahme

Die Grundlage, welche die tatsächliche Einflussnahme auf wesentliche Entscheidungen ermöglicht, ist für die Beurteilung, ob eine materielle Organstellung besteht oder nicht, bedeutungslos (10).

Die Grundlage kann sich auf Vertrag (11), auf Aktienbesitz (12) oder auf andere tatsächliche Umstände beziehen (13). Solange die in Frage stehende Person

7) Forstmoser, Organbegriff 144.

8) Vgl. Hütte 50, der für die faktische Organschaft ständige Einmischung in die Gesellschaftsangelegenheiten verlangt.

9) Eine Geschäftsführungstätigkeit von grundlegender Art und die damit verbundene Organfunktion kann z.B. die Mitentscheidung bei Grundfragen der Finanzierung sein; vgl. dazu den Entscheid des Appellationshofes des Kantons Bern, III. Zivilkammer, vom 23. März 1981, S. 10.

10) A.M. von Greyerz, PrivatAG 67, wonach bei einem Mitspracherecht bzw. fehlenden Stimmrecht nur eine vertragliche Haftung gegenüber der Gesellschaft, jedoch keine aktienrechtliche Verantwortlichkeit gegenüber Aktionären und Gläubigern besteht; vgl. dazu kritisch Homburger 161.

11) Z.B. ein Beratervertrag; vgl. dazu BGE 107 II 349ff; nach Homburger 162 muss das Verhalten der in Frage stehenden Person nicht in vertragsbegründendes und nicht vertragsbegründendes aufgespalten werden, sondern das Verhalten muss als "Ganzes" betrachtet werden; ähnlich Druey 87.

12) Das Bundesgericht qualifiziert in BGE 107 II 355 die beklagten Personen als Aktionäre, was von Homburger (S. 161) zurecht kritisiert wird. Denn die Aktionärs-eigenschaft kommt nicht den beklagten Einzelpersonen zu, sondern der von ihnen vertretenen Finanzierungsgesellschaften.

13) Zu den Grundlagen tatsächlicher Einflussnahme vgl. Gehrig 22ff.

tatsächlich auf genügend intensive Weise auf grundlegende Entscheide einwirkt, ist ihre Organstellung zu bejahen (14).

IV. Verantwortlichkeit verdeckter Verwaltungsratsmitglieder

Bei dem aus einer materiellen Organstellung heraus verdeckt handelnden Verwaltungsratsmitglied rechtfertigt sich die Unterstellung unter die strenge persönliche Haftung nach OR 754ff aufgrund der tatsächlichen Einflussnahme auf die Willensbildung der Gesellschaft. Wer sich von der Möglichkeit der Einflussnahme auf Entscheidungen der Verwaltung und/oder Geschäftsführung dahingehend verleiten lässt, dass er tatsächlich den von der Gesellschaft einzuschlagenden Kurs aus einer für ein Verwaltungsratsmitglied typischen Stellung heraus (ständig) massgeblich beeinflusst oder selbständig bestimmt, der soll den gleichen Haftungsbestimmungen unterstehen wie ein Verwaltungsratsmitglied gemäss Gesetz.

V. Zum Umfang der Haftung verdeckter Verwaltungsratsmitglieder

Das Verwaltungsratsmitglied gemäss Gesetz wird durch Bestellung zum formellen Organ. Wer formelles Organ ist, hat von Gesetzes wegen die Pflicht, die Verwaltung und Geschäftsführung mit aller Sorgfalt zu leiten (15). Aus der Wahl zum Organ fliessen Handlungs- und Unterlassungspflichten für den gesamten Bereich der Geschäftsführung, soweit diese nicht rechtmässig delegiert wurde (16).

14) Vgl. BGE 107 II 355; Homburger 161.

15) OR 722 I.

16) Forstmoser, Organbegriff 136f.

Beim verdeckten Verwaltungsratsmitglied dagegen kann der Pflichtenkreis weder aus einer formellen Bestellung noch aus dem Gesetz hergeleitet werden. Beim verdeckten Verwaltungsratsmitglied steht am Anfang ein bestimmtes Verhalten - nämlich die tatsächliche Einflussnahme aus einer organtypischen Stellung heraus - das die Organstellung erst begründet. Soweit also das verdeckte Verwaltungsratsmitglied passiv bleibt, kann es gar keine materielle Organstellung erlangen. Kann dem verdeckten Verwaltungsratsmitglied dagegen eine materielle Organstellung nachgewiesen werden, stellt sich die Frage nach dem Umfang der Haftung. Deckt sich der Umfang der Organhaftung mit dem Ausmass der tatsächlichen Einflussnahme oder ist das verdeckte Verwaltungsratsmitglied analog einem Verwaltungsratsmitglied gemäss Gesetz auch für Unterlassungen im ganzen Bereich der nicht delegierbaren Verwaltungsaufgaben verantwortlich?

Das Bundesgericht führt zum Umfang der Haftung verdeckter Verwaltungsratsmitglieder (17) etwas widersprüchlich aus,

"dass ihre Verantwortung gemäss Art. 754 OR auf Handlungen zu beschränken ist, an denen sie persönlich teilgenommen haben. Wie es sich damit verhält, hängt von den Fehlern und Unterlassungen ab, die ihnen vorgeworfen werden (...)" (18).

Daraus scheint zu folgen, dass die persönliche Teilnahme des verdeckten Verwaltungsratsmitgliedes an "Handlungen" auch in Unterlassungen bestehen kann (19).

17) Vgl. zur Terminologie des Bundesgerichts betreffend stille und verdeckte Verwaltungsratsmitglieder vorn § 8 I. 2.

18) BGE 107 II 355 (E5c).

19) Vgl. dazu Forstmoser, Organbegriff 137.

Forstmoser (20) führt dazu präzisierend aus, dass für das verdeckte Verwaltungsratsmitglied (21) keine Pflicht bestehe, in Bereichen tätig zu werden, in die es sich nicht einmische. Wo das verdeckte Verwaltungsratsmitglied dagegen Einfluss nehme, soll es sowohl für sein Tun als auch für seine Unterlassungen (22) uneingeschränkt verantwortlich sein (23).

Dieser auf den tatsächlichen Einflussbereich beschränkten Verantwortlichkeit ist zuzustimmen, weil das verdeckte Verwaltungsratsmitglied eben nur in denjenigen Bereichen materielles Organ werden kann, wo es sich tatsächlich einmischt. Im Restbereich der Verwaltung und Geschäftsführung kann es daher gar nicht zu organschaftlichem Handeln im materiellen Sinn kommen, bzw. kann das verdeckte Verwaltungsratsmitglied gar nicht zu einem organschaftlichen Handeln verpflichtet werden, weil ihm auch formell keine Organstellung zukommt.

VI. Gültigkeit des beschränkten Haftungsumfanges verdeckter Verwaltungsratsmitglieder für das gesellschaftsinterne und -externe Verhältnis

Das verdeckte Verwaltungsratsmitglied mischt sich ohne formelle Befugnis und vorerst ohne von Dritten erkannt zu werden in Angelegenheiten der Verwaltung und Geschäftsführung ein als ob es Verwaltungsratsmitglied gemäss Gesetz wäre. Seine Stellung innerhalb der Gesellschaft beruht weder auf einem gesellschaftsinternen noch -externen Akt. Keine der aus Verantwortlich-

20) Forstmoser, Organbegriff 137.

21) Forstmoser spricht von "materiellem Organ".

22) Nach Forstmoser, Organbegriff 137 besteht eine Art Garantenstellung; vgl. dazu auch Druey 81 betreffend Verantwortlichkeitsrecht und unerlaubter Handlung.

23) Forstmoser, Organbegriff 137; mit dieser Lösung werde auch die scheinbar widersprüchliche Haltung des Bundesgerichts im Entscheid BGE 107 II 355 (E5c) überwunden; vgl. auch SAG 1986/41.

keit klage- und anspruchsberechtigten Personen (24) kann beispielsweise die behauptete Organfunktion des Schädiger auf eine Wahl oder auf einen Handelsregister- eintrag stützen. Alle zu Schaden gekommenen Personen sind insofern gleichgestellt, als sie dartun müssen, dass der Schädiger tatsächlich Organfunktionen aus- übte. Im Umfang der erbrachten Organfunktion hat das verdeckte Verwaltungsratsmitglied im Sinn der aktien- rechtlichen Verantwortlichkeit einzustehen.

Für den Umfang der Verantwortlichkeit verdeckter Ver- waltungsratsmitglieder gegenüber Mitverwaltungsräten gilt die gleiche Regelung wie für das stille Verwal- tungsratsmitglied resp. das Verwaltungsratsmitglied gemäss Gesetz. Solidarische Haftung im Aussenver- hältnis für den gemeinsam verursachten Schaden, Rück- griff im Innenverhältnis nach der Schwere des Verschul- dens (25).

24) Dabei handelt es sich um die Gesellschaft, Aktionäre und Gesellschaftsgläubi- ger; vgl. dazu OR 754 I.

25) OR 759; ausführlicher dazu vorn § 10 V.

§ 14 Abgrenzung zwischen der organschaftlichen Einflussnahme als verdecktes Verwaltungsratsmitglied und der faktischen Einflussnahme als schuldvertraglicher Partner

I. Abgrenzungsproblem

Es stellt sich das Problem der Abgrenzung zwischen einer Organstellung, die sich aus tatsächlicher Einflussnahme herleitet, und der faktischen Einflussnahme, wie sie auch von einem schuldvertraglichen Partner (1) in seinem eigenen Interessen ausgeübt wird (2).

Es versteht sich von selbst, dass entsprechende Vertragspartner einer Aktiengesellschaft intensiv auf deren Verwaltungs- und Geschäftsführungsentscheide Einfluss nehmen können. Dies trifft vor allem für Kreditgeber zu (3). Eine Bank, die Einfluss auf die Willensbildung einer von ihr finanzierten Gesellschaft ausübt, indem sie die Kreditgewährung an bestimmte Bedingungen (4) knüpft, nimmt lediglich ihr zustehende Rechte wahr. Es geht beim Vorgehen der Bank nicht darum, "die Gesellschaft und ihre Entscheidungen in einer Art und Weise zu beeinflussen, wie dies für Organe typisch ist" (5), sondern es handelt sich vielmehr um ein Einwirken von aussen (6), das keine Organstellung bewirkt, obwohl dadurch die Willensbildung der Gesellschaft tatsächlich wesentlich beeinflusst werden kann. Diese Einwirkung von aussen ist von einer organ-

1) Z.B. Kreditgeber, Lieferanten, Berater u.a.

2) Forstmoser, Organbegriff 140; Homburger 162; Hütte 49.

3) Vgl. für weitere Beispiele: Forstmoser, Organbegriff 144; ferner vorn § 8 V. betreffend das stille Verwaltungsratsmitglied.

4) Z.B. Informations- und Kontrollrechte; mitreden in finanziellen Angelegenheiten; vgl. auch das Beispiel bei Forstmoser, Organbegriff 148f.

5) Forstmoser, Organbegriff 145.

6) Forstmoser, Organbegriff 145.

schaftlichen Mitwirkung im Rahmen der Gesellschaft selbst klar zu trennen (7).

In der Lehre (8) wird die Ansicht vertreten, dass es verfehlt sei, den Begriff der materiellen Organstellung auf eine solche Einwirkung von aussen auszudehnen (9). Durch ein solches Vorgehen würde die Organhaftung allzu weit ausufern, was sich "kontraproduktiv" auf die Gesellschaft, ihre Aktionäre und Gläubiger auswirke. Denn eine Aktiengesellschaft werde gerade in schwierigen Zeiten kaum mehr Geldgeber finden, die bereit seien, das Risiko zu tragen, dass die von ihnen entsandten Vertreter als Organe betrachtet und den Bestimmungen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit unterstellt würden.

II. Organschaftliche und schuldvertragliche Einflussnahme im einzelnen

1. Grundsatz

Wir unterscheiden also zwischen einer Mitwirkung im Rahmen der Gesellschaft selbst, die als organschaftliches Wirken zu verstehen ist und einer Einwirkung von aussen (10), die keine Organstellung begründet (11).

7) Forstmoser, Organbegriff 141.

8) Forstmoser, Organbegriff 145; vgl. auch Homburger 162; Druey 79.

9) Das Bundesgericht erwähnt in BGE 107 II 355 (E5b) den gleichen Grundsatz. Lässt aber in casu den Kreditgeber nach OR 754ff haften, weil er sich als Aktionär in die Gesellschaft aufnehmen liess und an ihrer Willensbildung wie ein Organ teilnahm; vgl. vorn § 13 Anm 20 zur irrtümlichen Annahme einer Aktionärsstellung der Beklagten.

10) Nach Forstmoser, Organbegriff 145 erscheint die Einwirkung auf die Gesellschaft lediglich als "Reflexwirkung".

11) Nach Forstmoser, Organbegriff 146 stellen sich auf den ersten Blick ähnliche Abgrenzungsprobleme beim Übergang zwischen partiarischem Darlehen und stiller Gesellschaft, wobei aber eine analoge Anwendung dieser Kriterien im Verantwortlichkeitsrecht nicht gangbar sei; vgl. ergänzend dazu Meier-Hayoz/Forstmoser § 1 N 48ff.

2. Beispiele aus der Praxis und ihre Qualifikation

Beratung, Betreuung und das Recht auf Information begründen nach der Lehre keine Organstellung, auch wenn sie ein intensives Ausmass annehmen (12).

Der Appellationshof des Kantons Bern geht daher in seinem Entscheid vom 23. März 1981 (13) zu weit, wenn er behauptet, es liege in der Natur der Sache, dass eine materielle Organstellung auch "durch besonders intensive Beratung, Betreuung und Ueberwachung der formellen Organe im Auftrage eines Dritten" begründet werden könne.

Nach Forstmoser (14) ist diese Aeussuerung des Berner Appellationshofes unhaltbar, weil blosser Beratung, Betreuung und Ueberwachung noch keine Organstellung begründen, solange die formellen Organe der Gesellschaft selber die Entscheidungen treffen.

Es ist m.E. richtig, die Abgrenzung zwischen organ-schaftlichem und schuldvertraglichem Handeln bei der Teilnahme an den Entscheidungen der Gesellschaft bzw. im Verhältnis einer Person zu den formellen Organen zu suchen. Wer sich über wichtige Entscheidungen informieren lässt und dazu allenfalls seine Meinung äussern darf, handelt noch nicht wie ein formelles Organ, sondern nimmt bloss ihm zustehende vertragliche Rechte wahr.

12) Forstmoser, Organbegriff 141; vgl. ferner Homburger 162; von Greyerz, PrivatAG 65/67; Hütte 48f.

13) S. 13, nachfolgend "Berliner Entscheid" genannt; bei diesem Entscheid handelt es sich um den Vorentscheid zu BGE 107 II 349ff; vgl. dazu auch vorn § 1 V. 2.

14) Forstmoser, Organbegriff 141f.

Zu Recht wird die bloss "mögliche" Einflussnahme als Kriterium für die Begründung einer Organstellung abgelehnt (15). Die gegenteilige Meinung würde zu einer Ausdehnung des Organbegriffs auf nahezu alle Fälle von Einflussnahme führen. Richtigerweise ist daher stets auf die "tatsächliche" Einflussnahme abzustellen (16).

Einen Grenzfall bildet die Bezeichnung, die für eine Person oder eine Zusammenkunft mehrerer Personen gewählt wird. Grundsätzlich sind die Bezeichnung, z.B. wie: "stiller Verwaltungsrat", "verdeckter Verwaltungsrat" oder "Verwaltungsratssitzung" nicht entscheidend (17). Die Bezeichnungen der Sitzungen als "Verwaltungsratssitzungen" und die selbstgewählte Bezeichnung der vom Kreditgeber delegierten Personen als "stille Verwaltungsräte" in BGE 107 II 354 begründen für sich noch kein Handeln in Organstellung. Die genannten Bezeichnungen sind aber immerhin ein Indiz dafür, dass die Vertreter des Kreditgebers im Rahmen ihrer Tätigkeit bei der finanzierten Gesellschaft in einer Art und Weise handelten, wie es für formelle Organe typisch ist (18). Von der durch die Parteien für ihre Beziehungen gewählten Bezeichnung ist die nach aussen kundgegebene Bezeichnung zu unterscheiden. Die Kundgabe als "Verwaltungsrat" an Dritte würde zweifellos eine Organstellung (19) begründen, da der Empfänger die-

15) Forstmoser, Organbegriff 142; in BGE 107 II 354(mitte) wurde die materielle Organstellung eines Geldgebers bejaht, weil er aufgrund eines Beratervertrages "gewichtige Einflussmöglichkeiten" auf die Gesellschaft gehabt habe; im gleichen Entscheid, S. 355, korrigiert aber das Bundesgericht seine Meinung, indem es richtigerweise den tatsächlichen und nicht bloss den möglichen Einfluss als entscheidend erachtet.

16) Vgl. vorn § 13 I.

17) Jäggi/Gauch: Zürcher Kommentar, Zürich 1980, N 213ff zu OR 18; nach Forstmoser, Organbegriff 148 spricht es jedoch gegen eine Stellung als Organ, wenn jemand jeweils bloss als "Gast" begrüsst wird; liegt dagegen eine Einladung zu sämtlichen VR-sitzungen vor, mit der Möglichkeit an allen Traktanden mitwirken zu können, so spricht dies eher für eine Organstellung.

18) Vgl. Forstmoser, Organbegriff 143/148.

19) Nicht eine materielle Organstellung, sondern eine infolge Kundgabe.

ser Erklärung davon ausgehen darf, die betreffende Person erfülle tatsächlich Verwaltungsratsfunktionen (20).

Auch die subjektiven Motive, d.h. die für die Beteiligten bestehenden Interessen spielen für die Beurteilung der Organeigenschaft keine Rolle. Ob sich die vom Kreditgeber entsandten Vertreter als Organe des Kreditnehmers oder aber als Vertreter eines aussenstehenden Dritten verstehen, soll für die materielle Organstellung, die eine Haftung an die tatsächliche Einflussnahme knüpft, gerade nicht entscheidend sein (21).

Anders liegt der Fall dann, wenn die Vertreter des Kreditgebers ihre Interessen in formellen Verwaltungshandlungen geltend machen können, d.h. wenn ihnen ein Stimmrecht in den "Verwaltungsratssitzungen" zukommt. An einer materiellen Organstellung könnte dann nicht mehr gezweifelt werden (22), weil die Vertreter des Kreditgebers wie formell entscheidungsberechtigte Verwaltungsratsmitglieder auftreten würden, indem sie ihre Interessen im Kompetenzbereich der Verwaltung verbindlich einfließen lassen könnten. Nach der Meinung des Bundesgerichts (23) erübrigt sich eine formelle Abstimmung jedoch dann, wenn sich das einzige Verwaltungsratsmitglied dem Willen der zahlenmässig stets überlegenen "stillen Verwaltungsräten" unterziehen muss. Gleichzeitig ist aber festzuhalten - und darin sind sich die herrschende Lehre und die Rechtsprechung

20) Vorausgesetzt das Vertrauen in die kundgegebene Organstellung war berechtigt; vgl. zum Verwaltungsratsmitglied infolge Kundgabe vorn § 7.

21) Vgl. BGE 107 II 355 (E5c); Berner Entscheid S. 13; Forstmoser, Organbegriff 147; wer aufgrund "persönlicher Ueberzeugungskraft" auf die Willensbildung der Verwaltung Einfluss nimmt, kann - entgegen BGE 107 II 354 (a.E.) - noch nicht als Organ im materiellen Sinn betrachtet werden; vgl. dazu Forstmoser, Organbegriff 149.

22) Forstmoser, Organbegriff 148.

23) BGE 107 II 355 (a.E.).

einig -, dass eine tatsächliche Einflussnahme aus organschaftlicher Stellung auch ohne formelles Stimmrecht möglich ist (24).

3. Ergebnis

In den folgenden Fällen ist eine Organstellung der einflussnehmenden Person zu bejahen:

- Kundgabe der Organstellung nach aussen, z.B. durch die Bezeichnung "Verwaltungsrat" (Organstellung infolge Kundgabe);
- Teilnahme an Verwaltungsratssitzungen oder Sitzungen der Geschäftsleitung mit einem Stimmrecht;

bzw. zu verneinen:

- blosse Beratung, Betreuung und Information;
- die blosse Möglichkeit zur Einflussnahme;
- subjektive Motive der Beteiligten;
- blosse Bezeichnung einer Person ohne Kundgabe nach aussen.

III. Zusammenfassung

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass es für die Abgrenzung zwischen der tatsächlichen organschaftlichen Einflussnahme als verdecktes VR-mitglied und der tatsächlichen Einflussnahme als schuldvertraglicher Partner auf die Art des Einwirkens ankommt; d.h.

24) Forstmoser, Organbegriff 144 und 148; Homburger 161; BGE 65 II 6f; 107 II 355; a.M. von Greyerz, PrivatAG 67; festgehalten bei § 13 Anm 10.

ob die Art der Einwirkung auf die Entscheidungsfindung ihrer Art nach typischerweise eine organschaftliche ist oder nicht. Die Frage, was im Einzelfall als typische Organhandlung oder eben als typisches Verhalten eines schuldvertraglichen Partners erscheint, muss das Vertrauensprinzip lösen (25).

Im Zweifelsfall, d.h. dort wo eine Handlung der einflussnehmenden Person in guten Treuen sowohl als solche eines schuldvertraglichen Partners wie auch als die eines materiellen Organs betrachtet werden kann, muss m.E. der Qualifikation als Handlung im Rahmen eines schuldvertraglichen Verhältnisses der Vorrang eingeräumt werden. Andernfalls würde der ohnehin schwer fassbare materielle Organbegriff auseinanderfallen, was mit der Rechtssicherheit unvereinbar wäre.

IV. Hinweise für die Praxis

In der Praxis besteht die Tendenz den nach OR 754ff verantwortlichen Personenkreis auszudehnen (26). Dieser "Aufweichung" der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit sollten sich insbesondere der Kreditgeber und der Berater bewusst sein. Dieser von der Lehre (27) kritisierten Tendenz muss mit einer entsprechenden Vertragstaktik von Seiten des Kreditgebers bzw. Beraters begegnet werden, damit das Risiko, von den Gerichten als verdecktes Verwaltungsratsmitglied betrachtet zu werden, möglichst gering gehalten werden kann.

25) Vgl. zum Vertrauensprinzip: Gauch/Schluep/Jäggi, Bd.I, N 187ff.

26) Statt vieler: vgl. Hütte 49 und Druey 78; BGE 107 II 349ff; SAG 1986/38ff.

27) Homburger 162; Forstmoser, Organbegriff 141; Druey 79.

Folgende Punkte sind daher bei der Vertragsgestaltung ganz besonders zu beachten:

- Sämtliche Bezeichnungen, die auf ein organschaftliches Verhältnis hinweisen, sind unbedingt zu vermeiden; z.B. "stiller Verwaltungsrat"; "Verwaltungsratssitzungen"; "stille Einsitznahme in den Verwaltungsrat" u.ä.;
- Einerseits ist die bloss beratende Tätigkeit einer Person ausdrücklich hervorzuheben und andererseits dürfen aber keine Zweifel aufkommen, dass die Entscheide stets bei den formellen Gesellschaftsorganen verbleiben;
- Wo eine gewisse Einwirkung auf die Gesellschaft selbst nicht zu vermeiden ist (z.B. Kreditgeber), muss klargestellt werden, dass diese Einwirkungen nur im Zusammenhang mit der "Sicherung des Darlehens" erfolgen;
- Sämtliche Positionen, die z.B. der Kreditgeber gegenüber der finanzierten Gesellschaft einnimmt, müssen typisch schuldvertragliche Züge tragen; dies ist insbesondere dann gewährleistet, wenn sich der Kreditgeber bzw. seine Vertreter aus gesellschaftsrechtlichen Entscheidungen heraushalten.

Mit anderen Worten: Ein Informationsrecht und Mitspracherecht (28) dürften sich mit einer schuldvertraglichen Einflussnahme vertragen; nicht dagegen ein Mitbestimmungsrecht im Sinn einer direkten Teilnahme an den Beschlussfassungen über wesentliche Belange der Gesellschaft.

28) Das Mitspracherecht umfasst das Informationsrecht und gewährt dem schuldvertraglichen Partner die Möglichkeit, zu wesentlichen Entscheidungen der Gesellschaft seine Ansicht zu äussern und zu vertreten.

§ 15 Ueberblick über die unterschiedliche Organstellung stiller und verdeckter Verwaltungsratsmitglieder im gesellschafts-internen und -externen Verhältnis

I. Die unterschiedliche Organstellung stiller und verdeckter Verwaltungsratsmitglieder gegenüber der Gesellschaft und den Aktionären

Das stille und verdeckte Verwaltungsratsmitglied nehmen im gesellschaftsinternen Verhältnis, d.h. gegenüber der Gesellschaft und den Aktionären eine unterschiedliche Organstellung ein.

Das stille Verwaltungsratsmitglied wird durch eine formelle Wahl mit Aufgaben der Verwaltung und/oder der Geschäftsführung im Sinn von OR 754 I "betraut". Es nimmt daher gegenüber seinen Wählern, d.h. den Aktionären sowie der Gesellschaft eine Organstellung im formellen Sinn ein (1).

Ganz anders dagegen kommt es zur Organstellung des verdeckten Verwaltungsratsmitgliedes. Obwohl das verdeckte Verwaltungsratsmitglied nicht mit Aufgaben der Verwaltung und/oder der Geschäftsführung betraut wird, führt es sich wie ein Mitglied der Verwaltung auf, indem es aufgrund der konkreten Umstände erheblichen Einfluss auf den dem Verwaltungsrat zugewiesenen Kompetenzbereich ausübt. Dieses Einwirken auf gesellschaftsrechtliche Entscheidungen rückt das verdeckte Verwaltungsratsmitglied in eine materielle Organstellung (2).

1) Dazu ausführlich vorn § 10.

2) Dazu ausführlich vorn § 13, insbeso. IV.

Die formelle Organstellung des stillen Verwaltungsratsmitgliedes und die materielle Organstellung des verdeckten Verwaltungsratsmitgliedes lassen sich gegenüber der Gesellschaft und den Aktionären wie folgt charakterisieren:

Formelle Organstellung wird stets verliehen; materielle Organstellung wird stets ausgeübt.

II. Die unterschiedliche Organstellung stiller und verdeckter Verwaltungsratsmitglieder gegenüber den Gesellschaftsgläubigern

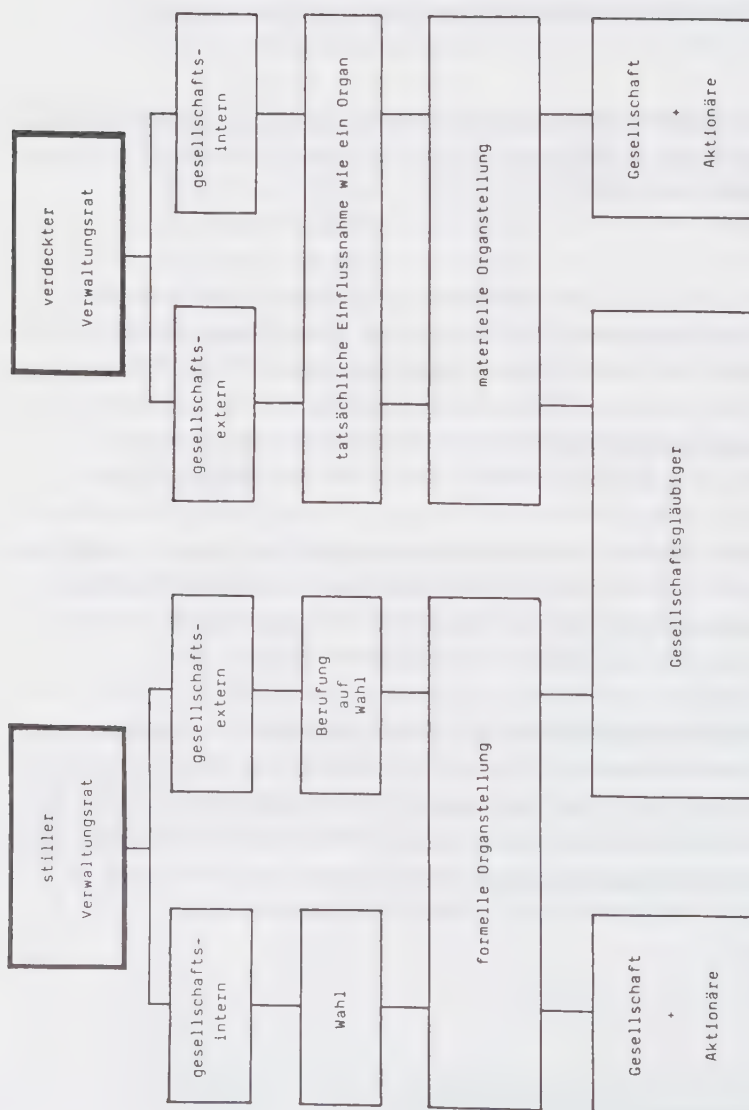
Das stille und verdeckte Verwaltungsratsmitglied nehmen auch gesellschaftsextern, d.h. gegenüber den Gesellschaftsgläubigern eine unterschiedliche Stellung ein. Die durch Verleihung erworbene formelle Organstellung stiller Verwaltungsratsmitglieder muss über das gesellschaftsinterne Verhältnis hinauswirken. Dies hat für die Gesellschaftsgläubiger zur Folge, dass auch sie an der formellen Organstellung anknüpfen können, weil das stille Verwaltungsratsmitglied als gewähltes Mitglied für die Gesamtheit der Geschäftsführung verantwortlich ist und zwar unabhängig davon, welche Aufgaben es tatsächlich erfüllt (3).

Beim verdeckten Verwaltungsratsmitglied dagegen besteht Organfunktion nur im Umfang des tatsächlich ausgeübten Einflusses auf Entscheidungen der Gesellschaft, d.h. es kann beim verdeckten Verwaltungsratsmitglied auch gesellschaftsextern nur auf eine materielle Organstellung abgestellt werden (4).

3) Dazu ausführlicher vorn § 11 V.

4) Dazu ausführlicher vorn § 13 VI.

III. Schematische Uebersicht



Fünftes Kapitel:

GRUNDSÄTZLICHES ZUR VERANTWORTLICHKEIT DER MIT DER VERWALTUNG UND GESCHÄFTSFÜHRUNG BETRAUTEN PERSONEN UNTER BERUECKSICHTIGUNG STILLER UND VERDECKTER VERWALTUNGSRATSMITGLIEDER

§ 16 Die Klage- und Anspruchsberechtigten

I. Übersicht

OR 754 gibt der Gesellschaft, den Aktionären und den Gesellschaftsgläubigern einen Anspruch gegen die sich pflichtwidrig verhaltenden Organpersonen auf Ersatz des eingetretenen Schadens (1).

II. Ansprüche und Klagerecht der Gesellschaft

Wird die AG durch ein pflichtwidriges und schuldhaftes Verhalten von Organpersonen unmittelbar (primär, individuell oder direkt) geschädigt (2), steht ihr unabhängig, ob die Gesellschaft in Konkurs fällt oder nicht, ein Klagerecht zu (3).

- 1) Im deutschen Aktienrecht besteht eine Haftung der Vorstandsmitglieder grundsätzlich nur gegenüber der Gesellschaft (§ 93 II AktG); vgl. für die Ausnahmen § 93 V und § 117 AktG; ferner Godin/Wilhelm Anm 8 zu § 93 AktG; KölnerKomm N 85 ff zu § 93 AktG betreffend Ansprüche der Aktionäre.
- 2) Zur Terminologie: Bürgi/Nordmann N 43 zu OR 753/754.
- 3) Vgl. Forstmoser, LJZ 4; Guhl/Merz/Kummer 692.

Ein unmittelbarer Schaden liegt vor, wenn das Vermögen der Gesellschaft durch ein pflichtwidriges Verhalten der Organperson(en) vermindert wird (4).

Die Anhebung von Verantwortlichkeitsklagen der Gesellschaft fällt in den Kompetenzbereich der Verwaltung (5). Es handelt sich um einen Akt der Geschäftsführung, der keine besondere Ermächtigung der Generalversammlung erfordert (6). Ein Beschluss der Generalversammlung ist nur nötig, wenn sich die Klage gegen den Gesamtverwaltungsrat oder die gesamte Geschäftsleitung richtet (7). Befindet sich die Gesellschaft dagegen im Konkurs, steht der Entscheid über die Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen der zweiten Gläubigerversammlung zu (8).

III. Ansprüche und Klagerechte der Aktionäre

Werden die Aktionäre durch ein pflichtwidriges Verhalten der Organperson(en) geschädigt, so ist nach Lehre und Rechtsprechung zwischen unmittelbarer und mittelbarer (indirekter, sekundärer) Schädigung zu unterscheiden (9).

4) Dazu Forstmoser, Verantwortlichkeit N 158; vgl. auch KölnerKomm N 16 zu § 93 AktG, wonach von einem Schaden der Gesellschaft erst die Rede sein kann, wenn eine "Vermögensverminderung weder durch die Interessen der Gesellschaft noch durch berechtigterweise dem Gesellschaftsinteresse entgegenstehende Interessen der Allgemeinheit oder der Arbeitnehmer gedeckt ist oder wenn die Aufwendungen der Gesellschaft für soziale Zwecke unverhältnismässig hoch sind oder wenn sie nach privaten Präferenzen des Vorstandes unter Vernachlässigung des sachlich Gebotenen vorgenommen werden".

5) OR 722.

6) Bürgi/Nordmann N 100 zu OR 753/754; Funk N 3 zu OR 754; a.M. Frick 37.

7) Forstmoser, Verantwortlichkeit N 10; vgl. dazu auch Lustenberger 182f.

8) SchKG 253 II.

9) Statt vieler: Bürgi/Nordmann N 46ff zu OR 753/754.

1. Unmittelbare Schädigung

Eine unmittelbare Schädigung erleiden Aktionäre etwa durch Verletzung ihres gesetzlichen oder statutarischen Bezugsrechts (10) oder durch die Nichtauszahlung der ihnen zustehenden Dividenden- oder Liquidationsanteile (11).

Der unmittelbare Schaden kann durch die Aktionäre unter Einhaltung der Verjährungsfristen gemäss OR 760 jederzeit - auch im Konkurs der Gesellschaft (12) - selbständig und unabhängig von Klagekonkurrenzen mit Leistung an sich selbst geltend gemacht werden (13).

Da sich die Bestimmungen von OR 755 - 758 nur auf die Geltendmachung des mittelbaren Schadens beziehen, schränkt die Erteilung der Decharge (14) das Klagerecht des Aktionärs aus unmittelbarem Schaden nicht ein.

2. Mittelbare Schädigung

Der mittelbare Schaden des Aktionärs leitet sich aus dem unmittelbaren Schaden der Gesellschaft ab (15).

10) Nachweis bei Guhl/Merz/Kummer 692 mit weiteren Beispielen; vgl. auch BGE 106 II 234.

11) Forstmoser, mittelbarer Schaden 70.

12) OR 755-758 gelten nur für Ansprüche aus mittelbarem Schaden.

13) Forstmoser, Verantwortlichkeit N 24; Bürgi/Nordmann N 53 zu OR 753/754; von Greyerz, Privatrecht 292; Guhl/Merz/Kummer 693.

14) Vgl. zur Decharge hinten §§ 18 und 19.

15) Forstmoser, Verantwortlichkeit N 169 und dort Anm 298 mit weiterer Literatur; nach Godin/Wilhelmi Anm 2 zu § 93 AktG ist der Schaden des Aktionärs wohl ein "Spiegelbild" des Schadens der Gesellschaft. Der Schaden des Aktionärs braucht aber mit dem Schaden der Gesellschaft nicht übereinzustimmen.

Erleidet die Gesellschaft eine unmittelbare Vermögens- einbusse, so führt dies zu einer mittelbaren Vermögens- einbusse beim Aktionär, indem der innere Wert seiner Beteiligung durch den bei der Gesellschaft eingetrete- nen Substanzverlust abnimmt (16).

Bei der Geltendmachung des mittelbaren Schadens ist zu unterscheiden, ob sich die Gesellschaft im Konkurs be- findet oder nicht.

3. Geltendmachung des mittelbaren Schadens ausserhalb des Konkurses

Will ein Aktionär seinen mittelbaren Schaden ausser- halb des Gesellschaftskonkurses geltend machen, so geht nach OR 755 sein Anspruch gegen die verantwortli- chen Personen nur auf Leistung des Schadenersatzes an die Gesellschaft. Der Aktionär darf aber den ganzen Schaden der Gesellschaft einklagen, denn nur dies führt zur vollen Schadloshaltung des mittelbar geschä- digten Aktionärs (17). Der indirekte Schaden des Ak- tionärs wird indirekt ersetzt.

Beim Klagerecht des Aktionärs aus mittelbarer Schädi- gung gemäss OR 755 handelt es sich nicht bloss um eine Prozessführungsbefugnis für die Geltendmachung von Schaden der Gesellschaft, sondern um ein eigenes mate- rielles Forderungsrecht (18).

16) Forstmoser, mittelbarer Schaden 70; Guhl/Merz/Kummer 693 mit Beispielen; Bürgi/Nordmann N 50ff zu OR 753/754; Schiess 37ff; Meier-Wehrli 53ff; Frick 96f.

17) Forstmoser, mittelbarer Schaden 74; indem aber der Aktionär den ganzen Gesell- schaftsschaden einklagt, entsteht für ihn ein erhebliches Prozessrisiko, das in keinem Verhältnis zu einem möglichen Prozessersfolg steht; vgl. zur Kostenproble- matik: Lustenberger 196 und Botschaft (1983) 192f.

18) Forstmoser, mittelbarer Schaden 74.

In der Praxis wird der mittelbar geschädigte Aktionär wohl ausserhalb des Konkurses nur klagen, wenn die Gesellschaft ihren Schaden nicht selber geltend machen will oder kann (19).

4. Geltendmachung des mittelbaren Schadens im Konkurs

OR 756 I verlangt, dass im Gesellschaftskonkurs das Klagerecht der Aktionäre durch die Konkursverwaltung bzw. durch die zweite Gläubigerversammlung auszuüben ist. Die Aktionäre können aber auf den Entscheid, ob vom Klagerecht Gebrauch gemacht werden soll oder nicht, keinen Einfluss ausüben, da sie nicht Gläubiger der Gesellschaft sind.

Die Bedeutung der Durchsetzung des Aktionärsanspruches aus mittelbarer Schädigung durch die Konkursverwaltung ist ohnehin gering, weil die Konkursverwaltung daneben auch Ansprüche der Gesellschaft selbst (20) und insbesondere die Ansprüche der Gläubiger, die im Konkurs zuerst befriedigt werden, geltend machen kann (21).

Liegt dagegen ein Verzicht auf die Geltendmachung von Aktionärsansprüchen durch die zweite Gläubigerversammlung vor, kann der Aktionär nach OR 756 II deren Abtretung verlangen. Nach BGE 105 III 138 (E3) handelt es sich bei dieser Abtretung um "ein betreibungs- und prozessrechtliches Institut sui generis, das Aehnlichkeiten mit der Abtretung gemäss OR 164ff und dem Auftrag gemäss OR 394ff aufweist".

19) Wenn der Anspruch der Gesellschaft allenfalls durch Entlastung untergegangen ist.

20) Dem Anspruch der Gesellschaft kann aber ein Entlastungsbeschluss entgegenstehen.

21) Meier-Wehrli 103; Schiess 173ff; Lustenberger 187.

Die so verstandene Abtretung kann nur das Recht zur selbständigen Geltendmachung des eigenen Anspruchs aus mittelbarem Schaden umfassen. Insofern ist die Formulierung von OR 756 II missverständlich, weil der Aktionär dort fälschlicherweise als Gläubiger der Gesellschaft im Sinn von SchKG 260 behandelt wird (22). Dies lässt aber vermuten, dass dem Aktionär neben seinem eigenen Anspruch aus mittelbarem Schaden auch Rechtsansprüche der Masse im Sinn von SchKG 260 abgetreten werden können, was unbestrittenermassen nicht zutrifft (23).

Die Abtretung gemäss OR 756 II bleibt für den Aktionär in der Praxis weitgehend unattraktiv, weil ein allfälliger Prozess- oder Vergleichserlös vorerst den am Verfahren beteiligten Gläubigern (24) und dann der Masse zukommt. Lediglich der Rest des Erlöses verbleibt zur Deckung des mittelbaren Schadens der ebenfalls klagenden Aktionäre (25).

IV. Ansprüche und Klagerechte der Gläubiger

Auch bei den Gesellschaftsgläubigern wird zwischen einer unmittelbaren und mittelbaren Schädigung unterschieden (26).

22) Forstmoser, mittelbarer Schaden 71 und 75; vgl. zur Problematik von OR 756 II und SchKG 260 auch: Guhl/Merz/Kummer 693f; Botschaft (1983) 107f; vgl. ferner zur Doppelnatur der Gläubigerklage aus Abtretung hinten § 16 IV.5; nach SJZ 1987/216ff ist der Aktionär im Rahmen von OR 756 II lediglich zur Geltendmachung seines eigenen mittelbaren Schadens legitimiert, der sich nach seiner nominellen Beteiligung am Aktienkapital, d.h. nach der Anzahl gehaltener Aktien bestimmt.

23) BGE 86 III 163; SJZ 1987/217.

24) Ist tatsächlich ein Erlös zu erwarten, werden neben den Aktionären mit Sicherheit auch Gläubiger am Verfahren teilnehmen.

25) Bürgi/Nordmann N 22 zu OR 756; Funk N 2 zu OR 756; Fehr 154; Lustenberger 188; von Greyerz, Privatrecht 300f.

26) Vgl. etwa BGE 110 II 391ff.

1. Unmittelbare Schädigung

Unmittelbar geschädigt kann ein Gesellschaftsgläubiger beispielsweise werden, wenn er sich durch falsche Auskünfte über die finanzielle Lage der Gesellschaft oder durch Verletzung von Bilanzierungsvorschriften zur Kreditgewährung an die Gesellschaft verleiten lässt (27).

Die vermögensrechtliche Stellung des Gläubigers ist dann unabhängig von einer Schädigung der Gesellschaft beeinträchtigt (28).

Der Gläubiger kann - gleich wie der Aktionär - seinen unmittelbaren Schaden jederzeit und selbständig mit Leistung an sich selbst geltend machen (29). Forstmoser (30) setzt für diese Klage kumulativ voraus, dass die verantwortlichen Personen in ihrer Organfunktion sowohl eine Pflichtverletzung gegenüber dem klagenden Gläubiger als auch eine Pflichtverletzung gegenüber der Gesellschaft begangen haben.

2. Mittelbare Schädigung

Der Gläubiger ist mittelbar geschädigt, wenn er seinen Schaden aus dem unmittelbaren Schaden der Gesellschaft ableiten kann. Dies ist dann der Fall, wenn die AG

27) Nachweis in BGE 106 II 260f; vgl. auch BGE 106 II 232ff (beso. E2); ZR 80(1981)Nr. 33 und ZR 78(1979)Nr.134.

28) BGE 110 II 391ff.

29) Meier-Wehrli 81; BGE 106 II 259; in der Praxis wird der geschädigte Gläubiger aber in der Regel aufgrund von OR 718 III gegen die Gesellschaft vorgehen; vgl. dazu die Ausführungen vorn bei § 11 III.3.

30) Forstmoser, Verantwortlichkeit N 73.

infolge der Vermögenseinbusse die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger nicht mehr decken kann (31).

Beim Klagerecht des Gläubigers aus mittelbarer Schädigung ist analog zum Klagerecht des Aktionärs zu unterscheiden, ob sich die Gesellschaft im Konkurs befindet oder nicht.

3. Geltendmachung des mittelbaren Schadens ausserhalb des Konkurses

Das den Gläubigern in OR 755 eingeräumte Recht zur Geltendmachung des mittelbaren Schadens ausserhalb des Konkurses wird ihnen durch OR 758 gleich wieder entzogen, indem diese Bestimmung für die Geltendmachung des mittelbaren Gläubigerschadens stets den Konkurs der Gesellschaft voraussetzt. Dieser Widerspruch ist ein Versehen. OR 758 geht OR 755 eindeutig vor (32). Somit steht dem Gläubiger ausserhalb des Gesellschaftskonkurses keine Verantwortlichkeitsklage zu. Dieser Lösung ist zuzustimmen, da der Gläubiger im Gegensatz zum Aktionär nur geschädigt sein kann, wenn die Gesellschaft ihren Verpflichtungen nicht mehr nachkommen kann (33).

4. Geltendmachung des mittelbaren Schadens im Konkurs

Im Konkurs sind die Ansprüche der Gläubiger aus mittelbarer Schädigung analog zur Rechtsstellung der Aktionäre vorerst von der Konkursverwaltung geltend zu machen (34). Im Unterschied zu den Aktionären nehmen die

31) BGE 110 II 391ff (beso. E1): nach Forstmoser, Verantwortlichkeit N 173 kann dann nicht von einer mittelbaren Schädigung des Gläubigers gesprochen werden, wenn die Erfüllung der Verpflichtungen durch die Gesellschaft trotz Substanzverlusten gewährleistet ist; vgl. dazu auch von Greyerz, Privatrecht 294.

32) Vgl. zu diesem Widerspruch: Bürgi/Nordmann N 1ff zu OR 758; Meier-Wehrli 91ff.

33) Forstmoser, mittelbarer Schaden 70; vgl. ferner von Greyerz, Privatrecht 294.

34) OR 756 I.

Gläubiger gemäss SchKG 252ff in der zweiten Gläubigerversammlung an der Entscheidung teil, ob Verantwortlichkeitsklagen durch die Konkursverwaltung ausgeübt werden sollen oder nicht. Verzichtet die zweite Gläubigerversammlung bzw. die Konkursverwaltung auf die Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen der Gläubiger, so können einzelne oder mehrere Gläubiger nach OR 756 II deren Abtretung verlangen. Der Umfang der Abtretung an die Gläubiger geht aber weiter als derjenige an die Aktionäre. Der Gläubiger kann sich nicht nur seine eigenen Ansprüche aus mittelbarem Schaden abtreten lassen, sondern auch das Prozessführungsrecht für Verantwortlichkeitsansprüche der Gesellschaft (35). Forstmoser spricht dabei von einer "Doppelnatur der Gläubigerklage", die sich aus dem Recht der Gesellschaft und aus eigenem Recht ergeben kann (36).

5. Zur Doppelnatur der Gläubigerklage aus "Abtretung"

Das Bundesgericht stellt in BGE 111 II 182ff zur Doppelnatur der Gläubigerklage aus "Abtretung" folgendes fest: Einerseits machen die Gläubiger "gestützt auf Art. 260 SchKG Ansprüche geltend, die der konkursiten Gesellschaft gegenüber den Mitgliedern der Verwaltung aus deren Verantwortlichkeit zugestanden haben (Klagen aus dem Recht der Gesellschaft); andererseits handeln sie gestützt auf Art. 756 Abs. 2 OR aus eigenem Recht" (37).

35) BGE 111 II 182; 86 III 163; SJZ 1987/217.

36) Forstmoser, mittelbarer Schaden 71 im Zusammenhang mit BGE 111 II 182ff; vgl. auch Meier-Wehrli 101, der von einer "doppelten Klagelegitimation" der Abtretungsgläubiger spricht.

37) So der Ingress von BGE 111 II 182ff.

Das Bundesgericht betont damit, dass zwischen den Ansprüchen aus SchKG 260 I und denjenigen aufgrund von OR 756 II klar zu unterscheiden ist. Beide Bestimmungen sprechen wohl von "Abtretung", meinen damit aber nicht das gleiche.

Bei OR 756 II geht es um die "Zuweisung des Rechts zur selbständigen Geltendmachung des eigenen Anspruchs aus mittelbarem Schaden" (38) im Konkurs der Gesellschaft. Indem das Bundesgericht festhält, dass der aufgrund einer Abtretung gemäss OR 756 II vorgehende Kläger aus einem eigenen Recht klagt (39), schafft es endgültig Klarheit in der umstrittenen Frage, ob es sich bei der Klage von Aktionären und Gläubigern aus mittelbarer Schädigung bloss um ein Prozessführungsrecht für die Geltendmachung des Gesellschaftsschadens handelt oder um ein eigenes Forderungsrecht aufgrund eigener materieller Ansprüche (40).

Anders dagegen ist die "Abtretung" nach SchKG 260 I zu verstehen. Hier leitet sich die Klage aus dem Recht der Gesellschaft her. Da der Aktionär nicht Gläubiger der Gesellschaft ist, findet SchKG 260 I auf ihn keine Anwendung. Nur den Gesellschaftsgläubigern können aufgrund von SchKG 260 Rechtsansprüche der Masse, d.h. die der Gesellschaft zustehenden Verantwortlichkeitsansprüche zugewiesen werden (41). Den Gläubigern wird damit aber nur das Prozessführungsrecht für die Ansprüche der Masse übertragen (42). Soweit den Gesell-

38) Forstmoser, mittelbarer Schaden 74; so auch BGE 111 II 182ff.

39) Vgl. Anm 37.

40) Vgl. dazu die Zusammenstellung der verschiedenen Auffassungen in der Literatur und Judikatur zur Rechtsnatur der Klage der Aktionäre und Gläubiger aus mittelbarem Schaden bei: Forstmoser, mittelbarer Schaden 72-74.

41) Forstmoser, mittelbarer Schaden 75; so auch BGE 111 II 182ff.

42) Anomm 380 N 26.

schaftsgläubigern von der Konkursverwaltung ohne nähere Präzisierung Verantwortlichkeitsansprüche "abgetreten" werden, umfasst diese "Abtretung" sowohl die Ansprüche aufgrund von SchKG 260 I als auch diejenigen gestützt auf OR 756 II (=Doppelnatur der Gläubigerklage)(43).

V. Auswirkungen auf die Höhe des einklagbaren Schadens

Die Höhe des einklagbaren Schadens hängt von der Natur der Klage ab, auf die sich die Kläger stützen. Soweit den klagenden Gläubigern Rechtsansprüche der Masse im Sinn von SchKG 260 I zugewiesen werden, können sie ihre Klage aus dem Recht der Gesellschaft herleiten und damit auch den gesamten der Gesellschaft zugefügten Schaden geltend machen (44). Wird dagegen die Klage aufgrund des eigenen Anspruch aus mittelbarem Schaden gemäss OR 756 II erhoben, können Aktionäre und/oder Gläubiger nur den ihnen mittelbar entstandenen Schaden einklagen. Soweit dabei nicht alle mittelbar Geschädigten ihren erlittenen Schaden einklagen, bleibt die Summe der geforderten mittelbaren Schäden kleiner als der gesamte Gesellschaftsschaden (45).

VI. Auswirkungen auf den Umfang der möglichen Einreden

Die Klage aus dem Recht der Gesellschaft und diejenige aus eigenem Recht infolge mittelbarer Schädigung

43) Forstmoser, mittelbarer Schaden 75.

44) Forstmoser, mittelbarer Schaden 75.

45) BGE III 11 160ff geht von diesem Tatsachenzustand aus; sowohl aber das Bundesgericht als in dieser Entscheidung festhielt, dass die Klage aus dem Recht der Gesellschaft verwirkt sei, sprach es den Klägern den gesamten von der Gesellschaft erlittenen Schaden zu, der höher war, als der von den Klägern erlittene mittelbare Schaden; vgl. dazu Forstmoser, mittelbarer Schaden 77.

unterscheiden sich nicht nur in der Höhe des einklagbaren Schadens, sondern auch im Umfang der möglichen Einreden (46).

Wird die Klage gemäss SchKG 260 I aus dem Recht der Gesellschaft erhoben, so können die Beklagten dieser Klage nur die ihnen gegenüber der Gesellschaft zustehenden Einreden entgegenhalten. Einreden gegen die Person des Klägers bleiben ihnen versagt (47).

Umgekehrt verhält es sich bei der Klage gestützt auf OR 756 II. Hier wird der eigene Anspruch aus mittelbarer Schädigung erhoben, weshalb die Beklagten dieser Klage nur solche Einreden entgegenhalten können, die ihnen persönlich gegen die Kläger zustehen. Die möglichen Einreden der Beklagten gegenüber der Gesellschaft werden nicht gehört (48).

46) Mögliche Einreden sind etwa: Einwilligung in die Schädigung, Erteilung der Decharge, Abschluss eines Vergleichs, rechtskräftige Erledigung des Anspruchs durch Urteil.

47) Forstmoser, mittelbarer Schaden 75f.

48) Forstmoser, mittelbarer Schaden 76.

§ 17 Die Voraussetzungen der Haftung

I. Uebersicht

Bei der Verantwortlichkeit nach OR 754 handelt es sich um eine Verschuldenshaftung (1), weshalb ein Ersatz des eingetretenen Schadens nur verlangt werden kann, wenn ein pflichtwidriges und schuldhaftes Verhalten der Organperson vorliegt und zudem zwischen dem Schaden und dem pflichtwidrig schuldhaften Verhalten ein adäquater Kausalzusammenhang besteht.

II. Schaden

Beim Schaden handelt es sich um eine gegen oder ohne den Willen des Geschädigten erfolgte Vermögensverminderung (2). Diese entspricht der Differenz "zwischen dem gegenwärtigen Stand des Vermögens des Geschädigten und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte" (3). Der Schaden umfasst den sog. "positiven Schaden" und den "entgangenen Gewinn" (4).

Im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht wird im Rahmen der Geltendmachung des Schadens zwischen unmittelbarem und mittelbarem Schaden unterschieden (5). Die Existenz und der Umfang des Schadens ist vom Geschädigten in der geltend gemachten Höhe nachzuweisen.

1) Bürgi/Nordmann N 1 zu OR 753/754.

2) Oftinger 53; Schiess 21; Meier-Wehrli 77; Zellweger 26.

3) Oftinger 54; von Tuhr/Peter 84; Guhl/Merz/Kummer 60; BGE 104 II 199; 99 II 176 = Pr 60(1971)Nr.171; 90 II 424; 76 II 297.

4) Vgl. zu den Begriffen "positiver Schaden" und "entgangener Gewinn": Oftinger 55.

5) Vgl. dazu vorn § 16 III./IV.

III. Pflichtwidriges Verhalten

Eine weitere Voraussetzung für die Verantwortlichkeit nach OR 754 ist die Pflichtwidrigkeit des organschaftlichen Verhaltens (6).

Pflichtwidriges Verhalten ist ein Verstoß gegen ausservertragliche oder vertragliche bzw. vertragsähnliche Pflichten (7). Das Gesetz auferlegt der Verwaltung in OR 722 I die Pflicht, die Geschäfte der Gesellschaft mit aller Sorgfalt zu leiten. Diese allgemeine Sorgfaltspflicht für die Verwaltung wird in OR 722 II konkretisiert (8). Keine Pflichtwidrigkeit liegt vor, wenn der Geschädigte im Rahmen seiner Kompetenzen in das schädigende Verhalten einwilligt (9).

IV. Adäquater Kausalzusammenhang

Zwischen dem pflichtwidrigen Verhalten der Organperson und dem eingetretenen Schaden muss ein adäquater Kausalzusammenhang bestehen. Ein Ereignis gilt dann als "adäquate Ursache eines Erfolges, wenn es nach dem ge-

- 6) OR 754 verlangt eine Verletzung der der Verwaltung "obliegenden Pflichten"; nach BGE 110 II 391ff (E2) sind damit die den Organen durch das Gesetz oder die Statuten auferlegten Pflichten gemeint.
- 7) Forstmoser, Verantwortlichkeit N 175.
- 8) Dazu ausführlich vorn § 10 III.; nach § 93 I AktG haben die Vorstandsmitglieder bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden. Darunter ist nach Komm-AktG N 12 zu § 93 eine Sorgfalt zu verstehen, "wie sie ein Geschäftsleiter, der ein Unternehmen von bestimmter Art und Grösse unter seiner Verantwortung leitet, anzuwenden hat"; in § 93 II Satz 2 AktG wird eine Umkehr der Beweislast statuiert: "Ist streitig, ob sie (Vorstandsmitglieder) die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewandt haben, so trifft sie die Beweislast". Die herrschende Lehre in Deutschland schliesst daraus, dass das Verwaltungsmitglied beweisen müsse, dass es keine Pflichtverletzung begangen habe. Der Grund der Beweisumkehr wird in der "Beweisnähe" des Verwaltungsmitgliedes gesehen; vgl. ausführlich dazu KölnerKomm N 48ff zu § 93 AktG; ferner Godin/Wilhelmi Anm 10 zu § 93 AktG und Komm-AktG N 32ff zu § 93.
- 9) Nach dem Grundsatz: "volenti non fit iniuria"; vgl. dazu Lustenberger 169 mit Hinweisen auf Literatur und Rechtsprechung; ergänzend BGE 111 II 183.

wöhnlichen Lauf der Dinge und nach der Erfahrung des Lebens geeignet war, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen, so dass der Eintritt dieses Erfolges durch jenes Ereignis allgemein als begünstigt erscheint (...)" (10).

Die Beweislast für das Vorliegen des adäquaten Kausalzusammenhanges trifft den Geschädigten (11), wobei an den Beweis keine hohen Anforderungen gestellt werden dürfen (12).

V. Verschulden

1. Objektivierter Verschuldensmassstab

Die mit der Verwaltung und Geschäftsführung betrauten Personen haften für jedes Verschulden, selbst leichte Fahrlässigkeit genügt (13). Für die Beurteilung der zu beobachtenden Sorgfalt ist nach geltender Lehre von einem objektivierten Verschuldensmassstab auszugehen (14). Dabei ist auf diejenige Sorgfalt abzustellen,

- 10) BGE 93 II 29 mit Verweisen auf Literatur und Judikatur; vgl. auch Bürgi/Nordmann N 86ff zu OR 753/754.
- 11) Oftinger 80f; vgl. dagegen § 93 III AktG, der eine Reihe von Fällen festhält, bei denen sich pflichtwidrig verhaltende Vorstandsmitglieder grundsätzlich schadenersatzpflichtig gegenüber der Gesellschaft werden; nach Henn 192 soll dadurch die Schadenskausalität - nicht aber der Schaden selbst - ausser Beweis gestellt werden.
- 12) BGE 93 II 29; 76 II 319; 59 II 451; Bürgi/Nordmann N 86 zu OR 753/754 mit weiterer Judikatur; ferner Funk N 7 zu OR 754; E. Schucany, Komm. N 4 zu OR 754; Hirsch 263; nach Druey dagegen ist der Kausalzusammenhang ein einheitlicher Begriff; vgl. dazu auch Rolf Bär, funktionsgerechte Ordnung 62f; in der Praxis dürfte es aber für einen Aktionär äusserst schwierig sein, den adäquaten Kausalzusammenhang zwischen der pflichtwidrigen Handlung eines Verwaltungsratsmitgliedes und der negativen Kursentwicklung seiner Aktie darlegen zu können; nach Vischer, GrossAG 85f sollte man für den Nachweis der Ursächlichkeit der Sorgfaltspflichtverletzung für den Schadenseintritt den "Anscheinsbeweis" genügen lassen.
- 13) Statt vieler: Forstmoser, Verantwortlichkeit N 199ff; vgl. aber auch die kritischen Bemerkungen zur Haftung aus leichtem Verschulden, bei : Rolf Bär, funktionsgerechte Ordnung 57ff.
- 14) Nachweis bei Forstmoser, Solidarität 372 und dort Anm 22; die Objektivierung des Verschuldens schränkt den Umfang der Haftung nicht ein; vielmehr ermöglicht sie dem einzelnen, die Haftung wenigstens grundsätzlich vorauszusehen; vgl. dazu Oftinger 37 und Lehner 116ff.

"die ein gewissenhafter und vernünftiger Mensch desselben Verkehrskreises wie die Verantwortlichen unter den gleichen Umständen als erforderlich ansehen würde" (15). Die subjektive Entschuldbarkeit eines schädigenden Ereignisses bleibt unberücksichtigt. Dies hat zur Folge, dass das Verschulden beim Vorliegen einer objektiven Pflichtverletzung bejaht bzw. gar nicht mehr geprüft wird. Man kann sich daher auf die Betrachtung der Pflichtwidrigkeit beschränken (16).

2. Beweislast und Rechtsnatur der Ansprüche

Die Regelung der Beweislast hat der Gesetzgeber bewusst offengelassen (17), weshalb die Qualifikation in vertragliche und ausservertragliche Verantwortlichkeitsansprüche über die Beweislastverteilung für das Verschulden bestimmen muss (18). Bei der Verantwortlichkeit aus Vertrag ist das Verschulden der Organperson zu vermuten (19); macht dagegen der Kläger einen ausservertraglichen Anspruch geltend, hat er den Verschuldensnachweis zu erbringen (20).

Bei Bürgi/Nordmann (21) stehen die nach OR 754 verantwortlichen Personen "zweifelloos in einem Vertragsverhältnis, sei es Auftrag, Arbeitsvertrag oder ein Vertrag sui generis", was zu einer vertraglichen Haftung dieser Personen gegenüber der Gesellschaft führt. Diese Meinung wird auch von der übrigen Lehre und der Praxis nicht bestritten (22).

15) Meier-Wehrli 80; nach Rolf Bär 463 hat der Verantwortliche für jene "Fähigkeiten einzustehen (...), die der Verkehr bei einer Person voraussetzen darf, welche in einer bestimmten Eigenschaft auftritt".

16) Forstmoser, Risiko 29.

17) Botschaft (1928) 62.

18) Forstmoser, Verantwortlichkeit N 111.

19) OR 97 I.

20) OR 41.

21) Bürgi/Nordmann N 11 zu OR 753/754.

22) Forstmoser, Verantwortlichkeit N 133 mit Hinweisen auf Literatur und Rechtsprechung.

Gleiches soll nach wohl herrschender Lehre und der Meinung des Bundesgerichts auch für die Ansprüche der Aktionäre aus unmittelbarer und mittelbarer Schädigung gelten (23).

Die Rechtsnatur der Gläubigeransprüche ist dagegen stark umstritten. Einige Autoren gehen von einem vertraglichen Anspruch aus oder wenden zumindest vertragliche Rechtsfolgen an (24). Andere wieder gehen von einem deliktischen Anspruch aus (25), was zur Folge hat, dass der eingeklagten Organperson ein Verschulden nachgewiesen werden muss. Von dritter Seite wird entsprechend dem Vorliegen eines unmittelbaren oder mittelbaren Schadens differenziert (26).

Das Problem der Beweislastverteilung hat durch die Anwendung eines objektivierten Verschuldensmassstabes, d.h. das Verschulden wird beim Vorliegen einer objektiven Pflichtverletzung bejaht bzw. gar nicht mehr geprüft, stark an Bedeutung verloren (27).

23) Nachweis bei Forstmoser, Verantwortlichkeit N 115 mit Hinweisen auf abweichende Meinungen; vgl. auch Schmid 242; im deutschen Aktienrecht wird das Bestehen einer vertraglichen Beziehung zwischen Aktionären und Verwaltungsmitgliedern verneint; dazu KölnerKomm N 85 und 90 zu § 93 AktG.

24) BÜrgi/Nordmann N 15 zu OR 753/754, die die Gläubiger- und Aktionärsansprüche gleich behandeln (Haftung ex lege); so auch Schmid 242, womit aber ebenfalls OR 97ff zur Anwendung gelangen.

25) So Forstmoser, Verantwortlichkeit N 121 für Gläubigeransprüche aus unmittelbarer Schädigung oder zur Geltendmachung ihres eigenen Anspruchs aus mittelbarem Schaden; weitere Ausführungen bei Forstmoser/Meier-Hayoz § 25 N 18; falls der Gläubiger aber die ihm gemäss OR 756 II abgetretenen Ansprüche der Gesellschaft als deren Prozessführungsbevollmächtigter geltend macht, wäre nach Forstmoser, Verantwortlichkeit N 121 die Klage als vertraglich oder vertragsähnlich zu qualifizieren; vgl. ferner Fehr 148; Meier-Wehrli 76f.

26) So Schiess 130f; Lustenberger 173; Biggel 39; Frick 94ff.

27) Vgl. Anm 18.

VI. Beweis der Organfunktion stiller und verdeckter Verwaltungsratsmitglieder

1. Uebersicht

Wer vom Beklagten behauptet, er sei als stilles oder verdecktes Verwaltungsratsmitglied für die Gesellschaft tätig geworden, der hat neben den bereits erwähnten Haftungsvoraussetzungen darzutun, dass die beklagte Person in der Gesellschaft tatsächlich eine Stellung als Organ einnahm.

2. Bei stillen Verwaltungsratsmitgliedern

Bei der Tätigkeit stiller Verwaltungsratsmitglieder lässt sich m.E. die Organfunktion aufgrund der formellen Wahl zum Mitglied der Verwaltung ableiten. Wer sich wählen lässt, wird formelles Verwaltungsratsmitglied. Dies gilt nicht nur gegenüber den Aktionären und der Gesellschaft, sondern nach der hier vertretenen Meinung auch gegenüber den Gläubigern (28). Eine formelle Mitgliedschaft im Verwaltungsrat beinhaltet stets eine Stellung als Organ (29).

3. Bei verdeckten Verwaltungsratsmitgliedern

Bei der Tätigkeit verdeckter Verwaltungsratsmitglieder wird der Beweis der Organfunktion weit schwieriger zu erbringen sein, weil beim verdeckten Verwaltungsratsmitglied eine förmliche Bestellung zum Mitglied der Verwaltung gerade fehlt (30). Damit aber dem verdeckten Verwaltungsratsmitglied eine nach Verantwortlichkeitsrecht relevante Beeinflussung der Gesell-

28) Vgl. dazu ausführlich vorn § 11 IV./V.

29) Meier-Wehrli 21; Bürgi/Nordmann N 119 zu OR 753/754.

30) Dazu ausführlich vorn § 6.

schaft und damit Organfunktion nachgewiesen werden kann, braucht der Kläger eine umfassende Kenntnis über die Art und Weise der Bildung des Gesellschaftswillens. Ein solcher Einblick in die Interna einer Gesellschaft bleibt jedoch den Aktionären und insbesondere den Gläubigern in der Regel verwehrt (31).

31) Vgl. im Zusammenhang mit der Klage der Gläubiger gegen verdeckte VR: BGE 107 II 349ff und vorn § 8 I.2.; vgl. ferner die in der Aktienrechtsreform vorgesehene Verbesserung der Informationslage der Aktionäre durch das Institut des Sonderprüfers (EArt. 697a ff OR) und die Pflicht des Organisationsreglement beim Handelsregister zu hinterlegen (EArt. 716b OR); vgl. dazu die Botschaft (1983) 90-92, 99 und 181.

§ 18 Die Entlastung (Decharge) der Verwaltung

I. Begriff, Funktion und Rechtsnatur der Entlastung

1. Begriff und Funktion

Die sogenannte Entlastung (Decharge) wird bloss in OR 695, 698 II Ziff. 4, 710 und 757 kurz erwähnt, ohne dass sie aber vom Gesetzgeber näher umschrieben worden wäre. Diese Aufgabe wurde der Lehre und Rechtsprechung überlassen.

Nach OR 698 II Ziff. 4 gehört die Erteilung der Entlastung zu den unübertragbaren Kompetenzen der Generalversammlung (1). Die Erteilung der Entlastung durch die Generalversammlung hat im Aktienrecht die Funktion, die zu entlastenden Personen aus ihrer Verantwortlichkeit für die Verwaltung und/oder Geschäftsführung zu entlassen (2). Mit der Decharge bringt die Generalversammlung als Organ der Gesellschaft (3) zum Ausdruck, dass sie - die Gesellschaft - keine Schadenersatzansprüche aus mangelhafter Geschäftsführung geltend machen will (4).

2. Rechtsnatur der Entlastung

Der Entlastungsbeschluss der Generalversammlung wird nach herrschender Lehre und der Rechtsprechung als

1) Dazu R. Picenoni 27; Meier-Wehrli 113; E. Schucany, Komm. N 2 zu OR 698; Biggel 71ff; Forstmoser, Verantwortlichkeit N 301.

2) Vgl. etwa BGE 95 II 327; 67 II 174; 65 II 12; 51 II 70.

3) Vgl. OR 698 I.

4) Vgl. Bürgi N 78 zu OR 698; Eigenmann 191f; Meier-Wehrli 114; von Greyerz, Privatrecht 184; Steinmann 4f.

"negatives Schuldanerkenntnis" aufgefasst (5). Während ein Erlassvertrag nach OR 115 die Aufhebung einer bestimmten bestehenden Forderung beinhaltet, hat der Entlastungsbeschluss - als einseitiges Rechtsgeschäft - in der Regel einen Verzicht auf die Geltendmachung einer nur eventuell bestehenden Forderung zum Gegenstand (6).

II. Die Entlastungsgeber

1. Beschlussfassung durch die Generalversammlung

Wie erwähnt steht die Erteilung oder Verweigerung der Entlastung nach OR 698 II Ziff. 4 unübertragbar der Generalversammlung zu. Der Entlastungsbeschluss kommt - soweit die Statuten nichts anderes bestimmen - mit der absoluten Mehrheit der an der Generalversammlung vertretenen Stimmen zustande (7).

2. Stimmverbote beim Entlastungsbeschluss

OR 695 I bestimmt, dass diejenigen "Personen, die in irgendeiner Weise an der Geschäftsführung teilgenommen haben", bei der Abstimmung über die Erteilung oder Verweigerung der Decharge kein Stimmrecht zusteht. Nach dem überwiegenden Teil der Lehre ist der Kreis der vom Stimmrecht ausgeschlossenen Personen gemäss OR 695 I extensiv auszulegen (8); mit der Folge, dass

5) BGE 95 II 329; 90 II 495f; 65 II 15; 51 II 70; Bürgi N 78 zu OR 698; F. von Steiger, Aktienrecht 260; Biggel 72; Fehr 156; Henggeler 53; Meier-Wehrli 116f; Schiess 83; Steinmann 67f; Forstmoser/Meier-Hayoz § 18 N 16.

6) Meier-Wehrli 117.

7) OR 703.

8) Bürgi N 93 zu OR 698; Forstmoser/Meier-Hayoz § 18 N 21; F. von Steiger, Entlastungsbeschluss. Stimmrecht von Direktoren und Subdirektoren in: SAG 25(1952/53)119f; a.M. Meier-Wehrli 118f, der OR 695 I als lex specialis zu OR 692 II betrachtet, weshalb eine restriktive Auslegung angezeigt sei; ebenso E. Schucany, Komm. N 2 zu OR 695.

diese Bestimmung nicht nur die von der Abstimmung betroffenen Personen umfasst, sondern auch alle Personen, die an der Geschäftsführung teilgenommen haben (9). Nach Forstmoser (10) ist aber der Kreis der Ausgeschlossenen auf die Organpersonen im Sinn von OR 754 I zu beschränken. Daraus folgt, dass selbstverständlich auch stille und verdeckte Verwaltungsratsmitglieder vom Stimmrecht über die Entlastung im Sinn von OR 695 I ausgeschlossen sind, weil auch ihnen Organfunktion im Sinn des Verantwortlichkeitsrechts zukommt.

Soweit alle Aktionäre zugleich im Verwaltungsrat oder an der Geschäftsführung beteiligt sind, geht die herrschende Lehre davon aus, dass den Aktionären resp. den Verwaltungsratsmitgliedern kein gegenseitiges Stimmrecht zur Entlastung zusteht bzw. eine auf diese Weise erteilte Entlastung unwirksam wäre (11).

Diese Lösung erscheint richtig, weil es nicht der Sinn des Gesetzes sein kann, dass sich die Verwaltung von der durch die Generalversammlung auferlegten Verantwortung selbst entlastet (12).

III. Sachlicher Geltungsbereich der Entlastung

1. Bekannte oder erkennbare Geschäftshandlungen

Die Entlastung bezieht sich nur auf diejenigen Geschäftshandlungen, die der Generalversammlung aufgrund der ihr zugekommenen Informationen "bekannt oder

9) Bürgi N 93 zu OR 698; Funk N 2 zu OR 695; Forstmoser, Verantwortlichkeit N 307; BGE 86 II 165ff.

10) Forstmoser, Verantwortlichkeit N 307; ebenso Meier-Wehrli 118 und E. Schucany, Komm. N 2 zu OR 695.

11) R. Piconi 76; Meier-Wehrli 119f; Forstmoser, Verantwortlichkeit N 317f mit weiteren Literaturhinweisen mit z.T. abweichenden Meinungen.

12) Damit wird aber auch die Entlastung bei einer Einmann-AG undenkbar; dazu Bürgi N 18 zu OR 695 und von Greyerz, Privatrecht 184.

erkennbar" waren (13). Die Kenntnis und Erkennbarkeit richtet sich nach dem Vertrauensprinzip (14). Soweit also der Generalversammlung Geschäfte verheimlicht oder ihr unverschuldet nicht bekannt sind, werden diese von der Decharge gar nicht erfasst (15).

2. Die Bedeutung der Rechnungslegung und des Geschäftsberichts

Zur Beurteilung der Geschäftslage und zur Beschlussfassung über die Erteilung der Decharge sind die Aktionäre auf Informationen durch die Verwaltung angewiesen. Im Hinblick auf die Entlastung kommt daher folgenden Informationsmitteln erhöhte Bedeutung zu: Bilanz, Gewinn- und Verlustrechnung, Geschäftsbericht, Protokollen, mündlichen Berichterstattung durch die Verwaltung, Revisorenbericht (16).

Vor allem die aus der Rechnungslegung und dem Geschäftsbericht hervorgehenden Tatsachen sind für die Information der Generalversammlung im Zusammenhang mit der Entlastung von erheblicher Bedeutung (17).

Da der Bilanz und der Erfolgsrechnung bekanntlich eine bloss beschränkte Aussagekraft zukommt (18), hat der Geschäftsbericht die Funktion, das reine Zahlenbild des Jahresabschlusses zu erläutern und zu ergänzen (19). Der Geschäftsbericht, der übrigens in schriftli-

13) BGE 95 II 330; 78 II 155; 65 II 14; Bürgi N 99 zu OR 698; Meier-Wehrli 125; E. Schucany, Komm. zu OR 757; Funk N 2 zu OR 757; von Greyerz, Privatrecht 184; Forstmoser, Verantwortlichkeit N 326.

14) BGE 94 II 329ff; Forstmoser, Verantwortlichkeit N 326.

15) Bürgi N 99 zu OR 698.

16) Vgl. dazu OR 722 III, 724, 729 i.V.m. 696 und 697.

17) Meier-Wehrli 122.

18) Vgl. zu den Grenzen und Schwierigkeiten der externen Bilanzanalyse: Horst Gräfer, Einführung in die Bilanzanalyse, 3. Aufl., Berlin 1985, S. 48ff.

19) Bürgi N 2 und 9 zu OR 724.

cher Form vorzuliegen hat (20), bildet daher die Grundlage für die Beurteilung der Bilanz, Erfolgsrechnung und Entlastung der Organe (21).

OR 724 verlangt vom Geschäftsbericht Darstellung des Vermögensstandes und der Tätigkeit der Gesellschaft sowie Erläuterung des Jahresabschlusses. Obwohl diese Regelung allgemein gehalten ist, besteht für die Verwaltung die Pflicht, "konkrete Informationen über die wichtigsten Verhältnisse" zu geben (22). Bestehen für die Aktionäre aufgrund der gemachten Angaben Unklarheiten über ein Geschäft, so sind sie gehalten, von ihrem Recht auf Auskunftserteilung Gebrauch zu machen (23).

Im Zusammenhang mit den der Generalversammlung unterbreiteten Unterlagen kann von den Aktionären nicht die Kenntnis eines "Geschäftsmannes", sondern nur die "Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters" erwartet werden (24). Darauf ist insbesondere bei der Abfassung des Geschäftsberichts Rücksicht zu nehmen (25).

Soweit ein getätigtes Geschäft nur einzelnen Aktionären bekannt ist, darf deren Wissen nicht der Generalversammlung angerechnet werden. Ihre Kenntnis schliesst aber eine Anfechtung des Beschlusses aus (26).

20) OR 724.

21) Bürgi N 3 zu OR 724.

22) Bürgi N 12 zu OR 724; Meier-Wehrli 126.

23) OR 697; Meier-Wehrli 126; Lustenberger 180; Steinmann 47ff.

24) BGE 65 II 14; differenzierter Forstmoser, Verantwortlichkeit N 334; vgl. auch Meier-Wehrli 126f.

25) Bürgi N 13 zu OR 724.

26) Bürgi N 7 zu OR 698; Forstmoser, Verantwortlichkeit N 337 mit weiteren Verweisen; Steinmann 59f.

3. Umkehrung der Beweislast

Soweit die Verwaltung ihre schriftliche Informations- und Aufklärungspflicht mündlich ergänzt, hat dies im Umfang der mündlichen Ergänzung eine Umkehr der Beweislast zur Folge. Demnach obliegt dem Verwaltungsratsmitglied, das sich auf die Verbindlichkeit der Decharge beruft, der Beweis, dass es über einen in der Rechnungslegung und im Geschäftsbericht nicht enthaltene Tatsache mündlich orientiert hat. Nur im Umfang des erbrachten Beweises gilt es als entlastet (27).

IV. Persönlicher Geltungsbereich der Entlastung

1. Entlastung aller als Regel

OR 695 I geht offenbar von einer umfassenden Entlastung aus, die der Verwaltung als Ganzes und nicht jedem einzelnen Verwaltungsratsmitglied Decharge erteilt (28). Entlastet wird dabei nicht etwa das Verwaltungsorgan als solches, sondern jedes einzelne Mitglied der Verwaltung von seiner persönlichen Haftung aus Verantwortlichkeit (29). Neben den Mitgliedern der Verwaltung können auch anderen mit der Verwaltung und Geschäftsführung betrauten Personen Decharge erteilt werden (30).

27) Bürgi N 26 zu OR 724; Forstmoser, Verantwortlichkeit 342.

28) Forstmoser, Verantwortlichkeit N 318; die Entlastung kann aber auch jedem einzelnen erteilt werden; so geschehen z.B. bei der Generalversammlung der "Alusuisse" vom 22. April 1987 für die Mitglieder der Verwaltung und Generaldirektion.

29) E. Schucany, Komm. N 7 zu OR 698; Meier-Wehrli 120f; von Steiger, Aktienrecht 261; Bürgi N 90f zu OR 698; Steinmann 12f.

30) Bürgi N 6 zu OR 695; E. Schucany, Komm. N 2 zu OR 695; Meier-Wehrli 121; z.B. für die Mitglieder der Generaldirektion.

2. Entlastung einzelner als Ausnahme

Neben der Gesamtentlastung kann die Decharge auch nur einzelnen Mitgliedern der Verwaltung bzw. anderen mit der Verwaltung und Geschäftsführung betrauten Personen erteilt resp. verweigert werden (31). Eine besondere Begründung für dieses Vorgehen wird nicht verlangt (32).

Die Entlastung an einzelne Organpersonen setzt aber zumindest voraus, dass sich die Pflichtverletzungen der Verantwortlichen individualisieren lassen. Bestehen Zweifel über die Zuordnung von Pflichtverletzungen, wird die Generalversammlung die Entlastung wohl für alle Verantwortlichen verweigern (33).

V. Zur Entlastung stiller Verwaltungsratsmitglieder

1. Ausgangslage

Wie wir gesehen haben, wird der Umfang der Entlastung letztlich durch das Mass der erfolgten Information bestimmt. Dabei bildet der Inhalt des schriftlichen Geschäftsberichts ein wesentliches Informationsmittel für die Generalversammlung.

Der Geschäftsbericht darf sich aber nicht nur in der Orientierung über die Geschäftslage erschöpfen, sondern er muss auch über die Zusammensetzung des für die Verwaltung und Geschäftsführung verantwortlichen Perso-

31) Bürgi N 91 zu OR 698; Meier-Wehrli 121; Forstmoser, Verantwortlichkeit N 343.

32) Forstmoser, Verantwortlichkeit N 347.

33) Biggel 73.

nenkreises Auskunft geben (34). Befinden sich unter den Verantwortlichen auch stille Verwaltungsmitglieder, erhebt sich die Frage, ob diese von einer der Verwaltung global erteilten Decharge überhaupt erfasst werden oder nicht.

2. Vermeidung von Publizität

Der durch die Generalversammlung zum ordentlichen Mitglied der Verwaltung Gewählte wird durch die anschliessende pflichtwidrige Nichteintragung im Handelsregister zum stillen VR-mitglied (35). Mit der Unterlassung der Eintragung des stillen Verwaltungsrates im Handelsregister wird eine aufgrund der gegebenen Umständen unerwünschte Publizität vermieden.

Die Existenz stiller Verwaltungsratsmitglieder wird aber nur nach aussen hin verschwiegen, gesellschaftsintern ist der Stille durch die Wahl der Generalversammlung formelles Mitglied der Verwaltung geworden und damit der Gesellschaft und ihren Aktionären bzw. der Generalversammlung bekannt.

Die formelle Organstellung des stillen Verwaltungsratsmitgliedes (36) wirkt sich auch auf die Abfassung des Geschäftsberichts aus. M.E. ist der Stille dort als Mitglied der Verwaltung aufgeführt, obwohl dadurch die zuvor vermiedene Publizität via Handelsregister teilweise aufgehoben wird (37).

34) Der Geschäftsbericht sollte ja "konkrete Informationen über die wichtigsten Verhältnisse" geben; vgl. dazu Anm 22; in der Praxis vgl. etwa den Geschäftsbericht 1986 der Schweizerischen Aluminiumgesellschaft ("Alusuisse"), der auf Seite 4 sämtliche Personen auführt, denen Organeigenschaft zukommt.

35) Die Anmeldung beim Handelsregister müsste durch die Verwaltung vorgenommen werden; vgl. dazu ausführlicher vorn § 8 IV.2.

36) Dazu vorn § 10 II. und § 11 IV.

37) Dies dürfte vor allem bei Grossaktiengesellschaften der Fall sein.

3. Entlastung aufgrund formeller Organstellung

Das stille VR-mitglied wird durch die Wahl der Generalversammlung zum formellen Mitglied der Verwaltung. Da die Erteilung oder Verweigerung der Entlastung ebenfalls in den Kompetenzbereich der Generalversammlung fällt (38), stellt die Versammlung der Aktionäre sowohl das Wahl- als auch das Entlastungsorgan für die Verwaltung dar (39).

Bei der Erteilung der Entlastung müssen die mit der Verwaltung und Geschäftsführung betrauten Personen bekannt oder erkennbar sein. Soweit diese Personen im Geschäftsbericht namentlich aufgeführt worden sind - was bei stillen Verwaltungsratsmitgliedern trotz des fehlenden Handelsregistereintrages die Regel sein dürfte (40) - steht einer Entlastung dieser Personen nichts im Wege.

Wird das stille Verwaltungsratsmitglied im Geschäftsbericht ausnahmsweise nicht als Mitglied der Verwaltung aufgeführt, so ergibt sich seine Zugehörigkeit zur Verwaltung aus dem Umstand, dass die Generalversammlung auch das zuständige Organ für die Wahl des stillen VR-mitgliedes gewesen ist. Mit der Wahl zum Verwaltungsratsmitglied steht aber ausser Zweifel, dass der Stille für die Generalversammlung ohne weiteres als Mitglied der Verwaltung erkennbar gewesen ist. Dabei spielt es keine Rolle, dass die Zusammensetzung der Generalversammlung bei der Wahl einer Person in die Verwaltung und bei der Erteilung der Entlastung in aller Regel nicht die gleiche ist, denn das "Wissen" der Generalversammlung ist danach zu beurteilen, ob

38) Vgl. vorn II.1.

39) Vgl. OR 698 II Ziff. 2 und Ziff. 4.

40) Die damit verbundene Publizität, die eigentlich im Widerspruch zum fehlenden Handelsregistereintrag steht, ist kaum von Bedeutung.

das Organ und damit der "Funktionsträger" Kenntnis hatte, nicht danach, was die jeweils anwesenden einzelnen Aktionäre wissen.

Wer gewähltes und damit formelles Mitglied der Verwaltung ist, dem muss konsequenterweise auch formell Decharge erteilt werden können. Die der Verwaltung global erteilte Entlastung kommt daher auch dem stillen Verwaltungsratsmitglied zugute.

VI. Keine Entlastung verdeckter Verwaltungsratsmitglieder

1. Kein Betrautsein mit Aufgaben der Verwaltung

Von der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit können nur diejenigen Personen entlastet werden, die vorgängig durch eine Wahl mit Aufgaben der Verwaltung und/ oder Geschäftsführung im Sinne von OR 754 I "betraut" worden sind (41).

Obwohl das verdeckte Verwaltungsratsmitglied - im Gegensatz zum stillen Verwaltungsratsmitglied - nie mit Aufgaben der Verwaltung "betraut" wurde, mischt es sich in die Angelegenheiten der Gesellschaft ein, wie wenn es formell bestätigtes Organ wäre (42).

2. Keine Entlastung als Folge

Aus der Einflussnahme auf die Willensbildung der Gesellschaft, die das verdeckte Verwaltungsratsmitglied eigenmächtig ausübt, fliesst auch Verantwortung. Wer sich aber Aufgaben der Verwaltung anmasst und damit auch Verantwortung, hat die daraus resultierenden

41) Vgl. vorn IV.

42) Vgl. zum verdeckten VR vorn § 6.

Folgen selber zu tragen. Denn die an die Verwaltung global erteilte Entlastung kann nur von Verantwortung bzw. Haftung befreien, die den verantwortlichen Organen im Zusammenhang mit der Wahl auferlegt wurde, nicht aber von angemessener Verantwortung verdeckter Verwaltungsratsmitglieder.

19 Die Wirkungen der Entlastung

I. Die Wirkungen der Entlastung im allgemeinen

Der wirksame Entlastungsbeschluss der Generalversammlung beinhaltet ein negatives Schuldanerkenntnis, weshalb allfällige Ansprüche der Gesellschaft aus Verantwortlichkeit untergehen (1). Wer als Aktionär der Entlastung zustimmt, verliert das Klagerecht zur Geltendmachung seines mittelbaren Schadens (2). Keine Wirkung hat die Decharge auf die Verantwortlichkeitsansprüche der Aktionäre aus unmittelbarem Schaden und auf die Ansprüche der Gläubiger (3).

II. Die Wirkungen der Entlastung auf die Verantwortlichkeitsansprüche der Aktionäre

1. Keine Wirkung für den unmittelbaren Schaden

Weil die Erteilung der Decharge nach OR 757 nur das Klagerecht des Aktionärs aus mittelbarem Schaden einschränkt (4), kann der Aktionär den unmittelbar erlittenen Schaden stets - auch im Konkurs der Gesellschaft (5) - geltend machen (6).

1) Bürgi/Nordmann N 1 zu OR 757; ausführlicher hinten IV.

2) OR 757; ausführlicher nachfolgend II.

3) Von Greyerz, Privatrecht 301; ausführlicher hinten III.

4) Vgl. dazu die Marginale von OR 757.

5) Frick 106; Henggeler 56.

6) Bürgi N 75 zu OR 698; Funk N 1 zu OR 757; E. Schucany, Komm. zu OR 757; von Greyerz, Privatrecht 301; Forstmoser, Verantwortlichkeit N 26 und N 353.

2. Beschränkte Wirkung für den mittelbaren Schaden

Aktionäre, die dem Entlastungsbeschluss zugestimmt oder "die Aktien seither in Kenntnis der Schlussnahme" erworben haben, verlieren ihre Berechtigung zu Verantwortlichkeitsklagen aus mittelbarem Schaden (7). Das Klagerecht der nicht zustimmenden Aktionäre aus mittelbarem Schaden bleibt dagegen erhalten (8), wird aber aus Gründen der Rechtssicherheit auf sechs Monate seit der "Schlussnahme" beschränkt (9).

III. Die Wirkungen der Entlastung auf die Verantwortlichkeitsansprüche der Gläubiger

1. Keine Wirkung für die Gläubiger

Wenn die Generalversammlung als handelndes Organ der Gesellschaft den verantwortlichen Organen Decharge erteilt, so wirkt sich die Entlastung nur auf dieses Verhältnis aus. Für die Verantwortlichkeitsansprüche der Gläubiger aus unmittelbarem und mittelbarem Schaden bleibt die Entlastung daher ohne Wirkung (10).

2. Wirkung auf die "Abtretung" nach SchKG 260

Bei den nach SchKG 260 I abgetretenen Ansprüchen klagt der Gläubiger einen Schaden der Gesellschaft ein, weshalb die Verantwortlichen einredeweise geltend

- 7) OR 757; vgl. dazu Meier-Wehrli 94f.
- 8) OR 757 ist zum Schutz des Minderheitsaktionärs; vgl. dazu Meier-Wehrli 93; Frick 107; F. von Steiger, Aktienrecht 260.
- 9) Die sechsmontatige Frist von OR 757 setzt aber immer einen formellen Entlastungsbeschluss durch die Generalversammlung voraus; liegt keine Entlastung vor, kommt die längere Verjährungsfrist von OR 760 zum Zuge; vgl. dazu BGE 86 II 168 und SAG 1986/40.
- 10) Forstmoser, Risiko 32; vgl. auch Bürgi/Nordmann N 2f zu OR 757; Meier-Wehrli 114; R. Picononi 201; Funk N 1 zu OR 757; Frick 116; Schiess 84f; von Greyerz, Privatrecht 301; ferner BGE 111 II 182ff.

machen können, die Ansprüche der Gesellschaft seien durch einen wirksamen Entlastungsbeschluss untergegangen (11).

Soweit aber die Gesellschaft Ansprüche gegen verdeckte Verwaltungsratsmitglieder im Sinn von SchKG 260 I an Gläubiger abtritt, so steht diesen Ansprüchen ein allfälliger Entlastungsbeschluss der Generalversammlung nicht entgegen, weil verdeckten Verwaltungsratsmitgliedern gar keine Entlastung erteilt werden kann (12).

IV. Die Wirkungen der Entlastung auf die Verantwortlichkeitsansprüche der Gesellschaft

1. Grundsatz

Der Entlastungsbeschluss der Generalversammlung lässt allfällige Verantwortlichkeitsansprüche der Gesellschaft gegenüber den mit Aufgaben der Verwaltung und Geschäftsführung "betrauten" Personen untergehen (13).

2. Ansprüche gegen stille und verdeckte Verwaltungsratsmitglieder

Keine Wirkungen zeitigt die Erteilung der Decharge an verdeckte Verwaltungsratsmitglieder (14), weshalb der Gesellschaft gegenüber solchen Organen - im Gegensatz zu Verwaltungsratsmitgliedern gemäss Gesetz und stillen Verwaltungsratsmitgliedern - nach wie vor Ersatzansprüche zustehen. Im Rahmen von SchKG 260 I

11) Forstmoser, mittelbarer Schaden 76.

12) Vgl. zur unmöglichen Entlastung verdeckter VR vorn § 18 VI; stille VR-mitglieder dagegen können wirksam entlastet werden; dazu vorn § 18 V.

13) Funk N 1 zu OR 757; Biggel 74; Zellweger 31; E. Schucany, Komm. zu OR 757; Forstmoser, Verantwortlichkeit N 350.

14) Vgl. Anm 12.

können daher diese von der Decharge nicht erfasst und damit der Gesellschaft noch zustehenden Ansprüche an die Gläubiger abgetreten werden (15).

3. Ueberschätzte Wirkung der Entlastung im Konkurs

Selbst wenn das Klagerecht der Gesellschaft und der Aktionäre aus mittelbarem Schaden infolge erteilter Entlastung untergegangen ist, kann die Konkursverwaltung als Vertreterin der zu liquidierenden Gesellschaft gemäss OR 756 I immer noch die Klagen aufgrund der Ansprüche der Gläubiger aus mittelbarem Schaden oder aber auch Ansprüche der Aktionäre erheben, die der Entlastung nicht zugestimmt haben (16). Dieses Recht steht der Konkursverwaltung aber nur zu, soweit den Gläubigern und den Aktionären ein eigenes Forderungsrecht zur Geltendmachung des mittelbaren Schadens und nicht bloss eine Aktivlegitimation zur Geltendmachung des Gesellschaftsschadens zusteht (17). Soweit also die Konkursverwaltung Ansprüche durch Ausübung des Klagerechts der Gläubiger und/oder Aktionäre geltend macht, zeitigt die erteilte Decharge keine Wirkungen.

Damit kommt aber zum Ausdruck, dass die Wirkung der Decharge, die in der Praxis oft überschätzt wird (18), gerade im Konkurs der Gesellschaft sehr beschränkt ist. Die Entlastung als vermeintlicher Schutz der fehlbaren Organe gegenüber Verantwortlichkeitsklagen ist weitgehend aufgehoben (19).

15) Vgl. dazu vorn III.2.

16) Forstmoser, Risiko 32.

17) Das Bundesgericht hat sich in BGE 111 II 182ff für ein eigenes Forderungsrecht aufgrund eigener materieller Ansprüche entschieden; vgl. dazu vorn § 16 IV.5; vgl. auch SJZ 1987/216ff.

18) Vgl. Forstmoser, Risiko 32; von Greyerz, Privatrecht 184; Meier-Wehrli 125.

19) Forstmoser, Verantwortlichkeit N 361.

§ 20 Grundsätzliches zur Versicherbarkeit der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit stiller und verdeckter Verwaltungsratsmitglieder

I. Einleitung

Die Vielschichtigkeit der Problemstellungen und die damit verbundene Kumulation unterschiedlicher faktischer Voraussetzungen führen heute zu einer kaum mehr durchschaubaren Komplexität der unternehmerischen Entscheidungsfindung. Der Zusammenhang zwischen Ursache und Wirkung bleibt daher für die von der Entscheidungsfindung Ausgeschlossenen, d.h. insbesondere für die Gesellschaftsgläubiger, weitgehend im Dunkeln. Dies wiederum hat zur Folge, dass für die Geschädigten die Feststellung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit einzelner Organpersonen immer schwieriger wird (1). Die Rechtsprechung reagiert auf die steigende Undurchschaubarkeit der Abläufe und Funktionen im Innern einer (Aktien)gesellschaft mit der Tendenz, sich im Zweifelsfalle für die Organeigenschaft bzw. für die Haftung der in Frage stehenden Person und damit für den Schutz der Geschädigten auszusprechen (2). Dies führt zu einer wenig wünschbaren Ausdehnung des verantwortlichen Personenkreises, was sich vor allem bei der Tätigkeit stiller und verdeckter Verwaltungsratsmitglieder bemerkbar macht (3). Weiter könnte damit eine abnehmen-

1) Vgl. dazu Druey 87; Ritter 13/15.

2) Vgl. Hütte 49; Druey 87; Diezi 8.

3) Vgl. dazu den Entscheid des Appellationshofes des Kantons Bern, III. Zivilkammer vom 23.3.1981 und BGf 107 II 349ff; die Beurteilung der Verantwortlichkeit bereitet dem Richter vor allem bei der Tätigkeit verdeckter Verwaltungsratsmitglieder Schwierigkeiten, weil sich diese im nur schwer erfassbaren Grenzbereich von schuldvertraglicher und organschaftlicher Einflussnahme betätigen; vgl. hiezu ausführlich vorn § 14.

de Bereitschaft verbunden sein, überhaupt risikobeladene Tätigkeiten in einer AG übernehmen zu wollen (4). Die Ungewissheit der Verantwortung hemmt aber nicht nur die Bereitschaft, Verantwortung zu tragen, sondern weckt bei übernommener Verantwortung auch das Bedürfnis nach Sicherheit; spricht Versicherungsschutz.

Nachfolgend soll daher in knapper Form geprüft werden, wie weit Vermögensschäden, die sich aus der Tätigkeit stiller bzw. verdeckter Verwaltungsratsmitglieder ergeben können, versicherbar sind.

II. Voraussetzungen des Versicherungsschutzes

1. Allgemeines

Der für die Tätigkeit der Verwaltungsratsmitglieder bestehende Versicherungsschutz richtet sich grundsätzlich nach den mit dem Versicherer ausgehandelten Vertragsbedingungen.

Z.B. bietet die "Winterthur" (5) eine Haftpflichtversicherung für Vermögensschäden an, die sich aus der Tätigkeit als Verwaltungsratsmitglied ergeben können.

Den nachfolgenden Ausführungen sind diese Versicherungsbedingungen der "Winterthur" zugrunde gelegt (6).

- 4) Ähnlich Diezi 112 für die Situation in den USA.
- 5) Gleiches bietet z.B. auch die "Helvetia", die "Neuenburger-Versicherung" und die "Lloyd's" an.
- 6) Folgende Versicherungsbestimmungen der "Winterthur" sind dabei relevant:
 - Betriebshaftpflicht- und Berufshaftpflichtversicherung, Allgemeine Bestimmungen (AVB), Ausgabe 01.85 (=AVB/1-"Winterthur").
 - Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung für Rechtsanwälte, Notare, Treuhänder, Bücherexperten, Ergänzende Vertragsbestimmungen (EVB), Ausgabe 12.76 (=EVB-"Winterthur").
 - Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung für nicht-geschäftsführende Mitglieder der Verwaltung von juristischen Personen, Allgemeine Bestimmungen (AVB), Ausgabe 01.84 (=AVB/2-"Winterthur").

2. Die Regelung der Haftpflicht als Verwaltungsratsmitglied einer AG

Die Tätigkeit als Verwaltungsratsmitglied einer AG wird nur als Sonderrisiko versichert (7), d.h. der Versicherungsschutz setzt eine besondere Vereinbarung voraus. Weiter wird der Versicherungsschutz nur für Vermögensschäden aus der Tätigkeit als nicht-geschäftsführendes Mitglied der Verwaltung einer AG gewährt (8). Als nicht-geschäftsführend gelten folgende Tätigkeiten:

- Mitglied eines mehrköpfigen Verwaltungsrates, das weder Präsident noch Delegierter ist;
- Präsident, sofern ein anderes Mitglied des Verwaltungsrates als Delegierter mit der Geschäftsführung beauftragt ist (9).

Sofern die zu versichernde Person Rechtsanwalt (10) ist, gelten folgende Mandate - sofern sie aufgrund eines Mandatvertrages mit Enthaltungsklausel ausgeübt werden - ebenfalls als nicht-geschäftsführende Tätigkeit:

- Präsident (sofern kein Delegierter vorhanden ist);
- einziger Verwaltungsrat;
- Verwaltungsrat einer Sitz- oder Domizilgesellschaft (11).

7) Vgl. Hütte 50.

8) Vgl. Art. 8 EVB-"Winterthur" und Art. 1 AVB/2-"Winterthur".

9) Vgl. Art. 1 Abs. 1 AVB/2-"Winterthur" und Art. 8 Abs. 1 lit.a EVB-"Winterthur".

10) Gilt auch für Notare, Treuhänder und Bücherexperten.

11) Vgl. Art. 8 Abs. 1 lit.b und Abs. 4 EVB-"Winterthur"; vgl. ferner Hütte 48-50 zu VR-tätigkeit von Anwälten aufgrund eines Mandatsvertrages.

3. Anmeldepflicht und Ablehnungsrecht

Will eine Person ihre Tätigkeit als nicht-geschäftsführendes Mitglied der Verwaltung versichern, so ist sie gehalten, ihre sämtlichen Verwaltungsratsmandate beim Versicherer anzumelden (12). Alle aufgrund der Anmeldung erfassten Mandate werden im Vertrag aufgeführt (13).

Wo das zu übernehmende Risiko für den Versicherer zu gross ist - z.B. aufgrund der Zweckumschreibung der AG oder mangels persönlicher Fähigkeiten des Antragstellers - wird er das zur Versicherung beantragte Verwaltungsratsmandat ablehnen (14), mit der für den Antragsteller, aber auch für die Gesellschaftsgläubiger unerfreulichen Konsequenz, dass gerade die risikobeladenen Verwaltungsratsmandate ohne Versicherungsschutz bleiben, dagegen die eher unbedenklichen Verwaltungsratsmandate mit einem Versicherungsschutz rechnen können.

4. Einschränkungen des Versicherungsschutzes

Das mit der Geschäftsführung verbundene Unternehmerisiko stellt für die Versicherung einen zu grossen Unsicherheitsfaktor dar (15), weshalb für die eigentli-

12) Vgl. Art. 8 Abs. 5 lit.a EVB-"Winterthur" und Art. 8 Abs. 1 AVB/2-"Winterthur"; die Anmeldepflicht gilt auch für die während der Vertragsdauer übernommenen VR-mandate; mit der Anmeldepflicht, die für alle VR-mandate gilt, soll nach Hütte 53 verhindert werden, dass der Versicherungsnehmer nur die risikobehafteten Mandate versichern lässt.

13) Vgl. Art. 8 Abs. 5 lit.c EVB-"Winterthur".

14) Vgl. Art. 8 Abs. 2 AVB/2-"Winterthur"; dazu auch Hütte 53.

15) Diezi 104 versteht die Versicherung des Unternehmerrisikos als negativen Erfolg einer unternehmerischen Entscheidung.

che Geschäftsführungstätigkeit (16) kein Versicherungsschutz angeboten wird (17).

Soweit beispielsweise ein Vermögensschaden durch Beratung und Besorgung von eigentlichen Finanzgeschäften (z.B. Immobilien-, Geld- und Wertpapiergeschäfte) oder durch Erteilung von Ratschlägen für spekulative oder aleatorische Geschäfte entsteht, besteht ebenfalls kein Versicherungsschutz (18). Gleiches gilt auch für Beratung und Mitwirkung bei Planung und Einführung von EDV-Systemen (19).

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass der Versicherungsschutz dort Einschränkungen erfährt, wo die Tätigkeit zwingend mit einem wenig kontrollierbaren Entscheidungsspielraum oder mit einer kaum beeinflussbaren Fremdeinwirkung verbunden ist.

III. Folgerungen für die Tätigkeit als stilles Verwaltungsratsmitglied

Das stille Verwaltungsratsmitglied wird durch die Wahl ordnungsgemässes Mitglied der Verwaltung. Soweit sich die Tätigkeit des stillen VR-mitgliedes nicht auf die "Geschäftsführung" erstreckt - was die Regel sein wird (20) - kann grundsätzlich eine Vermögensschaden-Haft-

16) Vgl. zum Begriff der "Geschäftsführung" vorn § 1 I.2; d.h. die Schäden, die der geschäftsführende VR der Gesellschaft zufügt, deren Organ er ist, sind nicht versicherbar, weil jede Gesellschaft das Unternehmerrisiko selber tragen soll; Nachweis dazu bei Hütte 53.

17) Vgl. etwa Art. 3 lit.d EVB-"Winterthur"; für Konzernverhältnisse besteht allerdings die Möglichkeit, über die director's and officer's liability ("D&O") einen beschränkten Versicherungsschutz für Geschäftsführungstätigkeit zu erwerben; dazu ausführlich Diezi 50ff; vgl. auch Hütte 50/53.

18) Art. 3 lit.b EVB-"Winterthur".

19) Art. 3 lit.g EVB-"Winterthur" und Art. 5 lit.g AVB/2-"Winterthur".

20) Denn Geschäftsführung und die damit verbundene Vertretung der Gesellschaft erfordert einen Eintrag im Handelsregister, was das stille Verwaltungsratsmitglied gerade vermeiden will; vgl. dazu OR 641 Ziff.8 und OR 720; vgl. ferner F. von Steiger, Handelsregister 51.

pflichtversicherung beantragt und abgeschlossen werden. Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass das stille Verwaltungsratsmitglied nicht im Handelsregister eingetragen ist. Denn mit dem Versicherungsantrag wird dem Versicherer gegenüber kundgetan, dass der Antragsteller bei der genannten AG ein nicht zur Geschäftsführung berechtigtes Verwaltungsratsmandat innehat. Dadurch wird das stille Verwaltungsratsmitglied gegenüber dem Versicherer zum Verwaltungsratsmitglied infolge Kundgabe (21).

Die Kundgabe der Tätigkeit als (stilles) Verwaltungsratsmitglied an einen bestimmten Dritten (Versicherer) hat aber für den Empfänger der Erklärung den gleichen Vertrauensschutz zur Folge wie ein Eintrag im Handelsregister (22). Für den Versicherer ist daher nicht die Frage entscheidend, ob das zu versichernde Verwaltungsratsmandat im Handelsregister eingetragen ist oder nicht, sondern für den Versicherer steht vielmehr die lückenlose Anmeldung aller durch den Antragsteller ausgeübten Verwaltungsratsmandate im Vordergrund.

IV. Folgerungen für die Tätigkeit als verdecktes Verwaltungsratsmitglied

Wie wir gesehen haben, wird die Tätigkeit als nicht-geschäftsführendes Mitglied der Verwaltung nur versichert, wenn alle übernommenen Mandate dem Haftpflichtversicherer angemeldet worden sind (23).

21) Vgl. zum VR infolge Kundgabe vorn § 7; der Versicherungsvertrag besteht zwischen dem einzelnen Verwaltungsratsmitglied und dem Versicherer, d.h. der Versicherer ist persönlicher Gläubiger des (stillen) Verwaltungsratsmitgliedes und nicht Gläubiger der Gesellschaft.

22) Vgl. dazu vorn § 5 III. und § 7 V.

23) Vgl. vorn II.3.

Die Tätigkeit des verdeckten Verwaltungsratsmitgliedes beruht auf einer faktischen, d.h. materiellen Organstellung (24). Wer aber nur faktisch Mitglied der Verwaltung ist, wer also seine Einflussnahme auf die Gesellschaft aufgrund einer angemassten Organstellung ausübt, der wird die vom Versicherer geforderte Anmeldung unterlassen (25). Ohne ausdrückliche Anmeldung bzw. ohne Anerkennung des Antrages durch den Versicherer besteht aber auch kein Versicherungsschutz.

24) Vgl. dazu vorn § 1 V./VI.

25) Vgl. Hütte 50.

ZUSAMMENFASSUNG

1. Zum Organbegriff

Der Organbegriff im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht umfasst die Organstellung im formellen und materiellen Sinn sowie die Organstellung infolge Kundgabe.

Organstellung im formellen Sinn erlangt eine Person durch die Wahl der GV und durch den Eintrag im Handelsregister (§ 1 IV.).

Als Organ im materiellen Sinn wird bezeichnet, wer ohne formell gewählt worden zu sein, tatsächlich auf eine Art und Weise an der Bildung des Verbandswillens teilhat, wie dies für formelle Organe üblich und typisch ist (§ 1 V.).

Wer bei einem bestimmten Dritten durch individuelle Mitteilung oder durch konkludentes Verhalten den Anschein von Organkompetenz erweckt, der ist, soweit der Dritte ein "berechtigtes Vertrauen" in den erweckten Anschein haben durfte, Organ infolge Kundgabe (§ 1 VII.).

2. Zur Gliederung des Verwaltungsrates

Es werden die vier folgenden "Verwaltungsratstypen" aufgrund rechtlicher und/oder faktischer Kriterien auseinandergehalten:

- Verwaltungsratsmitglied gemäss Gesetz (§ 5)
- Verdecktes Verwaltungsratsmitglied (§ 6)
- Verwaltungsratsmitglied infolge Kundgabe (§ 7)
- Stilles Verwaltungsratsmitglied (§ 8)

Verwaltungsratsmitglied gemäss Gesetz ist diejenige Per-

son, die kompetenzgemäss gewählt und als solche im Handelsregister eingetragen und publiziert worden ist.

Verdecktes Verwaltungsratsmitglied ist diejenige Person, die sich weder formell wählen lässt noch im Handelsregister als Mitglied der Verwaltung eingetragen ist, aber aus einer organotypischen Stellung heraus tatsächlich und in entscheidender Weise die Verwaltung ausübt oder daran teilhat.

Verwaltungsratsmitglied infolge Kundgabe ist diejenige Person, die sich als gewähltes oder nicht gewähltes Mitglied der Verwaltung durch individuelle Mitteilung oder durch konkludentes Verhalten nach aussen als Verwaltungsrat kundtut.

Unter den Begriff des stillen Verwaltungsratsmitgliedes fällt, wer zwar als Verwaltungsratsmitglied durch die Generalversammlung formell gewählt, aber nicht als solches im Handelsregister eingetragen und publiziert worden ist.

3. Zum stillen Verwaltungsratsmitglied

Im gesellschaftsinternen Verhältnis (§ 10) kommt dem stillen VR durch die Wahl zum Mitglied der Verwaltung formelle Organeigenschaft zu gleich einem Verwaltungsratsmitglied gemäss Gesetz. Dies führt zu einer uneingeschränkten Unterstellung seiner Person unter die Bestimmungen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit gegenüber der Gesellschaft und den Aktionären. Das Verhältnis zu den Mitverwaltungsräten wird durch die solidarische Haftung gemäss OR 759 geprägt.

Im gesellschaftsexternen Verhältnis (§ 11), d.h. im Verhältnis zu den Gesellschaftsgläubigern gilt folgendes: Mit der Wahl zum (stillen) Verwaltungsratsmitglied ist u.a. die Pflicht verbunden, an der Willensbildung innerhalb der

Verwaltung teilzunehmen. Die Wahl zum Mitglied der Verwaltung beinhaltet stets auch ein Stimmrecht im Verwaltungsrat. Ob das stille Verwaltungsratsmitglied in der Praxis sein Stimmrecht bzw. seine Stimmpflicht im Verwaltungsrat tatsächlich ausübt oder nicht, vermag es von der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit gegenüber den Gesellschaftsgläubigern nicht zu befreien. Ihnen gegenüber zählt einzig die Wahl zum Verwaltungsratsmitglied und die daraus resultierende formelle Organstellung innerhalb der Verwaltung.

4. Zum verdeckten Verwaltungsratsmitglied

Das verdeckte Verwaltungsratsmitglied nimmt gesellschaftsintern und -extern eine Organstellung im materiellen Sinn ein (§ 12).

Soweit das verdeckte Verwaltungsratsmitglied passiv bleibt, kann es gar keine materielle Organstellung erlangen. Kann dem verdeckten Verwaltungsratsmitglied dagegen eine materielle Organstellung nachgewiesen werden, so ist es im Ausmass der tatsächlichen Einflussnahme sowohl für sein Tun als auch für seine Unterlassungen uneingeschränkt verantwortlich (§ 13). In diesem Zusammenhang interessiert aber auch die für die aktienrechtliche Verantwortlichkeit verdeckter Verwaltungsratsmitglieder entscheidende Grenzziehung zwischen einer organschaftlichen und nicht-organschaftlichen bzw. einer schuldvertraglichen Einflussnahme (§ 14). In den folgenden Fällen ist eine organschaftliche Einflussnahme zu bejahen:

- Kundgabe der Organstellung nach aussen;
- Teilnahme an Verwaltungsratssitzungen mit einem Stimmrecht;

bzw. zu verneinen:

- blosser Beratung, Betreuung und Information;
- die blosser Möglichkeit zur Einflussnahme;
- subjektive Motive der einflussnehmenden Person;

- die bloss Bezeichnung einer Person ohne Kundgabe nach aussen.

Die Hervorhebung einer bloss schuldvertraglichen Einflussnahme hat mit einer entsprechenden Vertragsgestaltung (Vertragstaktik) zu erfolgen. Dabei ist insbesondere folgendes hervorzuheben:

- die bloss beratende Tätigkeit;
- raushalten aus Entscheidungen, die den formellen Organen zustehen;
- dass eine Einflussnahme auf die Geschicke der Gesellschaft im Zusammenhang mit einer Kreditgabe nur zur "Sicherung des Darlehens" erfolgt;
- sämtliche Positionen, die der Kreditgeber einnimmt, müssen typisch schuldvertragliche Züge tragen, d.h. ein Informations- und allenfalls ein Mitspracherecht dürfen sich mit einer schuldvertraglichen Einflussnahme vertragen; nicht dagegen ein Mitbestimmungsrecht im Sinn einer direkten Teilnahme an der Beschlussfassung über wesentliche Belange der Gesellschaft.

5. Zur Verantwortlichkeit stiller und verdeckter Verwaltungsratsmitglieder

Klage- und anspruchsberechtigt sind die Gesellschaft, die Aktionäre und die Gesellschaftsgläubiger (§ 16).

Zwischen den Ansprüchen aus OR 756 II und denjenigen aus SchKG 260 I ist klar zu trennen. Beide Bestimmungen sprechen von "Abtretung", meinen damit aber nicht das gleiche.

Bei OR 756 II geht es um die Zuweisung des Rechts an die Aktionäre und Gläubiger zur selbständigen Geltendmachung

des eigenen Anspruchs aus mittelbarem Schaden. Bei der "Abtretung" nach SchKG 260 I, die für die Aktionäre keine Gültigkeit hat, weil sie nicht Gläubiger der Gesellschaft sind, leitet sich die Klage der Gläubiger aus dem Recht der Gesellschaft her. Für die Gläubiger kann dies eine "doppelte Klagelegitimation" (aus eigenem Recht aufgrund von OR 756 II bzw. aus dem Recht der Gesellschaft aufgrund von SchKG 260 I) zur Folge haben (§ 16 V.5.).

Die Verantwortlichkeit stiller und verdeckter Verwaltungsratsmitglieder setzt neben einem Schaden, pflichtwidrigen Verhalten, adäquaten Kausalzusammenhang und einem Verschulden auch den Beweis der Organfunktion voraus (§ 17). Dieser Beweis ist vor allem bei der Tätigkeit verdeckter Verwaltungsratsmitglieder nicht leicht zu erbringen (§ 14).

Der Entlastungsbeschluss der GV beinhaltet ein negatives Schuldanerkenntnis, weshalb allfällige Ansprüche der Gesellschaft aus Verantwortlichkeit untergehen. Wer als Aktionär der Entlastung zustimmt, verliert das Klagerecht zur Geltendmachung seines mittelbaren Schadens. Keine Wirkung hat die Decharge auf die Verantwortlichkeitsansprüche der Aktionäre aus unmittelbarem Schaden und auf die Ansprüche der Gläubiger (§ 18 I.2. und § 19 I.).

Keine Wirkung zeitigt die Erteilung der Entlastung an verdeckte Verwaltungsratsmitglieder, weshalb der Gesellschaft gegenüber diesen Organpersonen nach wie vor Ersatzansprüche zustehen. Im Rahmen von SchKG 260 I können daher diese von der Decharge nicht erfassten und damit der Gesellschaft noch zustehenden Ansprüche an die Gläubiger "abgetreten" werden (§ 18 VI. und § 19 III.2.). Stille VR-mitglieder sind formelle Mitglieder, als solchen kann ihnen auch formell Decharge erteilt werden (§ 18 V.).

Im Konkurs der Gesellschaft wird die Wirkung der Entlastung oft überschätzt. Soweit nämlich die Konkursverwaltung

Ansprüche durch Ausübung des Klagerechts der Gläubiger oder der Entlastung nicht zustimmenden Aktionäre geltend macht, bleibt die Entlastung ohne Wirkung (§ 19).

Die allenfalls aus der Tätigkeit stiller Verwaltungsratsmitglieder folgende aktienrechtliche Verantwortlichkeit ist versicherbar, sofern dem Versicherer alle tatsächlich bestehenden Verwaltungsratsmandate angemeldet werden. Kein Versicherungsschutz dagegen besteht für die aktienrechtliche Verantwortlichkeit verdeckter Verwaltungsratsmitglieder (§ 20).

Lebenslauf

- Geboren 9. November 1956 in Zürich
- Obligatorische Schuljahre in Erlenbach/ZH
- Wirtschaftsgymnasium in Zürich (1973-1977)
- Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Zürich
- Praktikum: Bezirksanwaltschaft Zürich
Bezirksgericht Zürich
Rechtsanwaltsbüro Kopp & Partner, Zürich
- Rechtsanwaltspatent des Kantons Zürich seit November 1986

